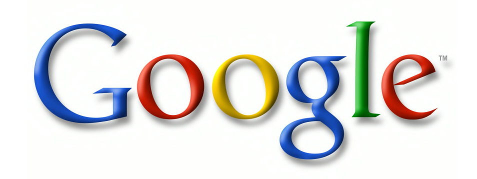
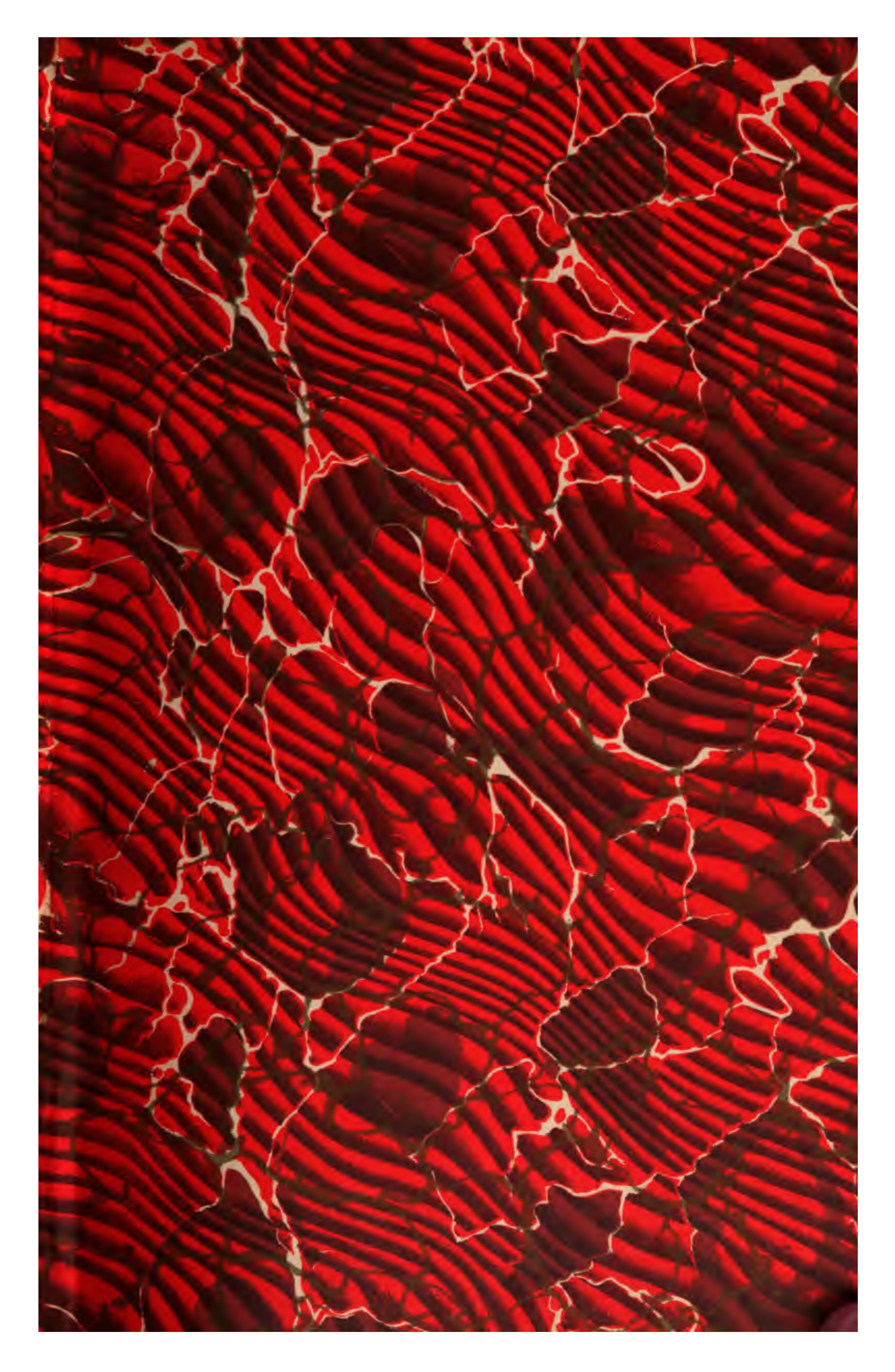



POST FUNERA VIRTUS
M. R. Westropp.



H. R. Westropp
1866.

ŒUVRES

DE

POTHIER.

VIII

PARIS. TYPOGRAPHIE DE HENRI PLON, IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR, RUE GARANCIÈRE, 8.

Pothier, Robert Joseph, 1699-1772.

ŒUVRES

DE

POTHIER

ANNOTÉES ET MISES EN CORRÉLATION

AVEC LE CODE CIVIL ET LA LÉGISLATION ACTUELLE

PAR M. BUGNET

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

Deuxième Édition, conforme à la première.

TOME HUITIÈME.

TRAITÉS DES SUCCESSIONS,
DONATIONS TESTAMENTAIRES,
DONATIONS ENTRE-VIFS.
SUBSTITUTIONS ET DES PROPRES.

PARIS

COSSE ET MARCHAL
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
PLACE DAUPHINE, 27.

HENRI PLON
IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR
RUE GARANCIÈRE, 8.

1861

TRAITÉ
DES SUCCESSIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La *succession* est la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt en la personne de son héritier.

Un *héritier* est celui qui succède à tous ces droits, par la mort de celui en la personne duquel ils compétaient.

L'universalité des droits actifs et passifs, considérée indépendamment de la transmission qui s'en fait en la personne de l'héritier, s'appelle aussi *succession* [1]. S'il n'y a aucun héritier en la personne de qui elle se transmette, cette universalité des droits actifs et passifs du défunt s'appelle en ce cas *succession vacante*.

Par le droit romain, il y a deux espèces de successions, la *testamentaire* et la *légitime*. Suivant ce droit, chacun peut se choisir ses successeurs à ses droits actifs et passifs, en les instituant ses héritiers par son testament [2].

Au premier cas, la transmission qui se fait des droits actifs et passifs du défunt, s'appelle *succession testamentaire*.

La *succession légitime* ou *ab intestat*, est au contraire la transmission que la loi fait des droits actifs et passifs d'un défunt en la personne de ceux de ses parents qu'elle appelle à sa succession.

Suivant le droit commun, cette succession n'avait lieu qu'à défaut d'héritier testamentaire.

Le droit coutumier n'admet que la succession légitime.

Les coutumes de Paris, art. 299; d'Orléans, art. 287, et plusieurs autres, s'en expliquent en ces termes : *Institution d'héritier n'a lieu* [3].

Pour procéder avec ordre dans la matière des successions, nous traiterons dans un premier chapitre, des personnes qui ont le droit de les transmettre, de celles qui sont capables de succéder;—dans un second, de l'ordre des successions;—dans un troisième, de leur ouverture, de leur acceptation ou répudiation;

[1] Le mot *succession* se prend donc en deux sens : — 1° La transmission de l'universalité des biens et des droits d'une personne décédée; — 2° cette universalité elle-même, c'est-à-dire le patrimoine du défunt considéré dans son ensemble, soit qu'il consiste en objets corporels, ou en droits actifs ou passifs.

[2] Il faut cependant remarquer que dans l'origine le testament était chez les Romains plutôt l'œuvre du législateur que du testateur. Le testament était une loi véritable.

[3] Nous examinerons plus tard si le Code civil admet des héritiers testamentaires.

— dans un quatrième, du partage des successions, des rapports qui s'y font et de l'incompatibilité des qualités d'*héritier* et de *légataire*;—dans un cinquième, des dettes et autres charges des successions;— enfin, dans un sixième, nous traiterons des *successions irrégulières*.

CHAPITRE PREMIER.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession, et de celles qui sont capables de succéder.

SECT. Ire. — DES PERSONNES QUI SONT CAPABLES DE TRANSMETTRE LEUR SUCCESSION.

Le droit de succession, tant active que passive, est du droit civil; car c'est la loi civile qui défère la succession des défunts, et qui appelle les personnes qui doivent la recueillir [1]. De là il suit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de la vie civile, qui aient le droit de transmettre leur succession.

Il y a deux espèces de citoyens qui ont, les uns et les autres, le droit de transmettre leur succession; savoir les *Français naturels* et *ceux que le prince a bien voulu naturaliser* [2].

Les *Français naturels* sont ceux qui sont nés en France, ou dans quelques pays sujets à l'obéissance du roi, tels que sont ceux qui sont nés dans les colonies françaises, et dans les pays où les Français ont des établissements [3]. Ceux

[1] « La loi naturelle ordonne aux « pères de nourrir leurs enfants : mais « elle n'oblige pas de les faire héritiers. « Le partage des biens, les lois sur ce « partage, les successions après la « mort de celui qui a eu ce partage; « tout cela ne peut avoir été réglé que « par la société, et par conséquent par « des lois politiques ou civiles. — « Il est vrai que l'ordre politique ou « civil demande souvent que les en- « fants succèdent aux pères; mais il ne « l'exige pas toujours. » Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 26, chap. 6.

[2] Les étrangers ont aujourd'hui le droit de transmettre, de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume. *V.* ci-après loi du 14 juillet 1819, p. 9, note 1.

[3] La qualité de Français n'est pas la conséquence de la naissance sur le sol français; le Code, pour déterminer la nationalité de l'enfant, s'est attaché plutôt à l'origine, c'est-à-dire, à la qualité des parents, qu'à la circonstance souvent très accidentelle de la naissance en tel ou tel lieu. *V.* art. 9 et 10, C. civ.

Art. 9 : « Tout individu né en « France d'un étranger pourra, dans « l'année qui suivra l'époque de sa « majorité, réclamer la qualité de « *Français*; pourvu que, dans le cas « où il résiderait en France, il déclare « que son intention est d'y fixer son « domicile, et que, dans le cas où il « résiderait en pays étranger, il fasse « sa soumission de fixer en France « son domicile, et qu'il l'y établisse « dans l'année, à compter de l'acte de « soumission. »

Art. 10 : « Tout enfant né d'un Fran- « çais en pays étranger est Français. « —Tout enfant né, en pays étranger, « d'un Français qui aurait perdu la « qualité de Français, pourra toujours « recouvrer cette qualité, en remplis- « sant les formalités prescrites par « l'art. 9. »

qui sont nés dans un pays conquis par le roi, soit avant, soit depuis la conquête, sont Français [a], et ils ne cessent point de l'être, quoique par les traités de paix ce pays ait été rendu, s'ils n'y sont pas restés depuis qu'il a été rendu, et qu'ils se soient établis dans les états de la domination du roi.

Il en est autrement de ceux qui ne sont nés que depuis le traité par lequel le pays a été rendu, car ils n'ont jamais été sujets du roi.

Ceux qui sont nés en pays étrangers, mais d'un père français qui n'y était point établi, et qui n'avait point perdu l'esprit de retour en France, sont aussi, par leur origine, Français [a].

Les *naturalisés* sont les étrangers établis dans le royaume, qui ont obtenu du roi les droits de Français naturels.

L'établissement de domicile que fait un étranger en France, quelque long temps qu'il y ait demeuré, ne le naturalise point, ni même le mariage qu'il y contracte avec une femme française; il ne peut être naturalisé que par des lettres patentes du roi, obtenues en grande chancellerie, et enregistrées en la Cour de Parlement et en la Chambre des comptes, dans le ressort desquelles est son domicile.

Les lettres patentes par lesquelles le roi accorde à quelqu'un le droit de posséder un office ou bénéfice, n'équipollent point à des lettres de naturalisation [a].

Par un privilége particulier accordé aux étrangers qui servent le roi dans sa marine, ces personnes établies en France, sont, après un service de vingt ans, naturalisées, et jouissent de tous les droits des naturels français, sans avoir besoin d'obtenir des lettres de naturalisation [4].

Pour avoir le droit de transmettre sa succession, il est indifférent d'être né en légitime mariage ou bâtard. Un bâtard a, par lui-même en sa qualité de citoyen, le droit de transmettre sa succession, et il la transmet effectivement à ses enfants, et à défaut d'enfants, à sa veuve; ou si c'est une bâtarde, à son mari. Si un bâtard ne peut avoir d'autres héritiers que ces personnes, ce n'est pas par défaut de capacité en sa personne pour la transmettre, mais c'est qu'un bâtard n'a point d'autres parents pour la recueillir [5].

---

[a] Pourvu que la conquête soit irrévocablement consommée; car une occupation militaire ne peut mériter le nom de conquête.

[a] Tout enfant né d'un Français, en pays étranger, est Francais. *V.* art. 10, C. civ., ci-dessus, p. 2, note 3.

[a] La constitution du 22 frim. an VIII conférait le titre de citoyen français à l'étranger qui, étant âgé de vingt et un ans, déclarait l'intention de se fixer en France, et y avait résidé pendant dix années consécutives. Le décret du 17 mars 1809 ajouta à ces conditions celle d'obtenir des lettres de naturalisation; et un avis du conseil d'État du 18 prairial an XI, décida que la naturalisation ne serait accordée qu'après dix années de domicile autorisé par le gouvernement.

Le sénatus-consulte organique du 19 février 1808, permet au gouvernement d'accorder la qualité de citoyen français, après un an de domicile en France, à des étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à l'État, ou qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utiles, ou qui formeront de grands établissements.

L'ordonnance du 4 juin 1814 déclare qu'aucun étranger ne peut siéger ni dans la chambre des pairs, ni dans celle des députés, à moins que par d'importants services rendus à l'Etat, il n'ait obtenu des lettres de grande naturalisation, vérifiées par les deux chambres.

[4] Ce privilége ne nous paraît pas avoir été maintenu par les lois nouvelles.

[5] Les successeurs de l'enfant naturel reconnu sont : —1° sa postérité; —2° ceux qui l'ont reconnu; —3° ses frères et sœurs naturels ou leurs descendants; —4° son conjoint; —5° enfin l'E-

Par les principes que nous venons d'établir touchant les qualités qu'il faut avoir pour transmettre sa succession, il est facile de connaître les personnes qui n'ont pas ce droit. Ce sont, — 1° les étrangers ou aubains non naturalisés; — 2° les Français qui ont perdu les droits de citoyen par une abdication de leur patrie, et l'établissement en pays étranger; — 3° ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale; — 4° les religieux; — — 5° les serfs mortaillables [1].

§ Ier. *Des étrangers ou aubains non naturalisés* [2].

Nous avons vu ci-dessus qui sont ceux qui sont Français naturels; toutes les autres personnes sont appelées *étrangers* ou *aubains, quasi alibi nati.*

Régulièrement, les étrangers ou aubains non naturalisés, n'ont pas le droit de transmettre leur succession. Le roi a celui de s'emparer, après leur mort, de tous leurs biens, meubles et immeubles, qui se trouvent dans le royaume : c'est ce qu'on appelle *droit d'aubaine.* Cette règle reçoit plusieurs exceptions.

La première qui est générale et commune à tous les aubains, c'est qu'un aubain, quoique non naturalisé, qui a un enfant né et établi dans le royaume ou autres Etats de Sa Majesté, peut lui transmettre sa succession. Cette exception est fondée sur la faveur que méritent les enfants. La raison naturelle, qui destine aux enfants les biens de leur père pourvu qu'ils aient la capacité de les recevoir, l'a emporté sur la raison tirée du droit qui rend incapables les étrangers de transmettre leur succession.

Il ne suffit pas que les enfants de l'étranger non naturalisé soient établis dans le royaume, pour qu'il puisse leur transmettre sa succession, il faut qu'ils y soient nés.

Néanmoins quoiqu'ils ne soient pas nés en France, s'ils sont naturalisés, leurs père et mère non naturalisés pourront leur transmettre leur succession, comme ils peuvent la transmettre aux enfants nés en France; car la naturalisation de ces enfants leur donne les mêmes droits que s'ils étaient nés en France; c'est l'avis de Bacquet (*Traité du Droit d'aubaine*, 4e part., ch. 32, n° 8).

Une seconde exception, qui est aussi commune à tous les étrangers, concerne les rentes que le roi a créées, à la charge qu'elles seraient exemptes du droit d'aubaine. Les étrangers qui en sont propriétaires, peuvent transmettre leur succession à leurs enfants, pour raison desdites rentes seulement.

La troisième concerne les sujets de certaines nations, qui, par des traités faits avec le roi et leur nation, sont exempts du droit d'aubaine, et peuvent par conséquent transmettre à leurs parents la succession de leurs biens meubles, lorsqu'ils meurent en France; il faut, à cet égard, suivre ce qui est porté par ces différents traités.

Cette exception du droit d'aubaine doit cesser dans les cas de guerre avec ces nations, car la déclaration de guerre rompt tous les traités.

---

tat. — Quant à celui qui n'a point été reconnu, il ne peut avoir pour successeurs que sa postérité, son conjoint, ou l'Etat.

[1] Cette énumération doit être aujourd'hui restreinte au mort civilement, à l'égard des biens par lui acquis depuis la mort civile encourue, lesquels sont dévolus à l'Etat par droit de déshérence. (Art. 33, C. civ.)

Art. 33 : « Les biens acquis par le « condamné, depuis la mort civile en« courue, et dont il se trouvera en « possession au jour de sa mort natu« relle, appartiendront à l'Etat par « droit de déshérence. — Néanmoins « il est loisible au roi de faire, au pro« fit de la veuve, des enfants ou pa« rents du condamné, telles disposi« tions que l'humanité lui suggérera. »

[2] Les lois nouvelles ayant aboli le droit d'aubaine, tout ce paragraphe n'a plus d'utilité. *V.* ci-après loi du 14 juillet 1819, p. 9, note 1.

Pour que ce privilége revive lors de la paix, il faut le stipuler lors du traité de paix.

La quatrième concerne les marchands fréquentant les foires de Lyon, lesquels transmettent à leurs parents leur succession mobilière, s'ils meurent en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font ; mais cette exemption du droit d'aubaine ne s'étend pas aux rentes constituées qui leur appatiendraient, ni encore moins aux héritages.

La cinquième concerne les ambassadeurs, envoyés, résidents, ministres étrangers et gens de leur suite, lesquels peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement, lorsqu'ils demeurent en France : c'est l'avis de Bacquet (*Ibid.*, 1[re] part., ch. 12).

La sixième concerne les docteurs-régents et écoliers des Universités, lesquels sont aussi exempts du droit d'aubaine pour la succession de leurs meubles; néanmoins Bacquet conteste ce privilége (*Ibid.*, ch. 13).

§ II. *Des Français qui ont perdu les droits de citoyens par une abdication de leur patrie, et établissement en pays étranger.*

Le Français qui a abdiqué sa patrie par un établissement en pays étranger, perd ses droits de citoyen, et est incapable de transmettre à ses enfants ou autres parents, la succession des biens qu'il a en France, et le roi a droit de s'en emparer, comme des biens d'un aubain [1].

Il est vrai que Bacquet rapporte un arrêt (du 5 décembre 1610, *ibid.*, 5[e] part., ch. 11, n° 6), contraire à cette proposition, qui a jugé contre le procureur du roi, en faveur des parents d'un nommé Lucain. La succession de ce Lucain, qui, pendant les troubles, s'était retiré dans les Pays-Bas, où il était mort pourvu d'une cure, fut déférée à ses parents. Mais depuis, l'édit de 1669 a fait défenses à tous les sujets du roi de s'établir, sans sa permission, dans les pays étrangers, par mariage, acquisition d'immeubles, transport de leur famille et biens, pour y prendre un établissement stable et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens, et d'être réputés étrangers [2].

Ces peines ne s'encourent pas à la vérité *ipso facto;* et quelque marque qu'un homme ait donnée de sa volonté de s'établir pour perpétuelle demeure en pays étranger, s'il revient en France avant qu'on ait intenté contre lui l'accusation de désertion, il conserve tous les droits de régnicole.

Mais si, après avoir formé quelqu'un des susdits établissements en pays étranger, sans avoir depuis donné aucune marque d'esprit de retour, il vient à y mourir, je pense qu'il ne peut y être regardé comme Français, ni par conséquent comme capable de transmettre sa succession, et que le roi peut s'emparer de ses biens qui sont en France.

Il n'est pas douteux que les Français qui forment des établissements de commerce dans les Etats du grand seigneur, sous la protection des consuls français qui y résident, quoiqu'ils s'y marient, ou y acquièrent quelques immeubles, ne sont point censés pour cela abdiquer leur patrie ; mais plutôt n'y rester que pour leur commerce, et avec l'esprit de retour [3], lorsqu'ils cesseront de commercer; c'est pourquoi ils ne sont point sujets aux peines de l'édit de 1669, et s'ils meurent dans lesdits Etats, ils transmettent à leurs

---

[1] Le Français qui a perdu cette qualité est traité, sous le rapport des successions, comme un étranger, et il conserve le droit de transmettre, qui est aujourd'hui attribué aux étrangers.

[2] Ces dispositions pénales avaient été renouvelées par l'art. 6 du décret du 26 août 1811.

[3] Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. (Art. 17, C. civ.)

parents la succession de leurs biens. Il en serait autrement, s'ils avaient embrassé le mahométisme; c'est une preuve non équivoque qu'ils ont perdu l'esprit de retour.

§ III. *De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.*

Les condamnations à une peine capitale, lorsqu'elles sont prononcées par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou confirmées par arrêts ou par jugements par défaut, lorsque le condamné est mort après les cinq ans du jour de l'exécution du jugement par effigie ou tableau, sans s'être représenté, emporte mort civile et confiscation des biens du condamné, et par conséquent, le rendent incapable de transmettre sa succession [1].

Ces peines sont celles de la mort naturelle, des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume.—Les condamnations à mort pour délits militaires par sentence du conseil de guerre n'emportent point mort civile, ni confiscation, et par conséquent le condamné transmet sa succession [2].

Il y a des provinces où la confiscation n'a pas lieu. Le condamné à peine capitale transmet la succession des biens qu'il a, situés dans ces provinces.

§ IV. *Des religieux.*

Celui qui fait profession religieuse, est censé jouir encore de la vie civile au moment qu'il l'abdique volontairement par la profession, et par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*, il est censé mourir en cet instant auquel il jouit encore de la vie civile : il est par conséquent encore capable de transmettre sa succession [3]. C'est pourquoi sa profession donne lieu à sa succession; mais quand une fois il est religieux et a fait profession, il n'est plus capable de transmettre à ses parents la succession de ce qu'il peut acquérir par la suite : — 1° Parce qu'il ne jouit plus de l'état civil, ni par conséquent du droit de transmettre ses biens par succession, qui en fait partie ;—2° Parce que sa qualité de religieux l'empêchant de pouvoir avoir rien en propre, tout ce qu'il acquiert, il est censé l'acquérir à son monastère, de même que, par le droit romain, ceux qui étaient sous la puissance d'autrui, acquéraient à ceux sous la puissance desquels ils étaient, tout ce qu'ils acquéraient; il est donc censé n'avoir que l'usufruit ou l'administration de toutes les choses qu'il acquiert; il ne peut donc les transmettre par succession, le monastère les retient *jure peculii.*

Il faut excepter de cette décision le religieux-évêque ; l'éminence de cette dignité lui rend la vie civile, et l'affranchit de la puissance des supérieurs monastiques; c'est pourquoi il transmet à ses parents sa succession.

§ V. *Des serfs mortaillables* [4].

Il y a dans quelques coutumes des gens d'une certaine condition, dont les biens appartiennent, après leur mort, à leur seigneur, et qui ne les peuvent, par conséquent, transmettre par succession, si ce n'est à leurs enfants ou pa-

---

[1] Au moment où la mort civile frappe le condamné, elle le trouve vivant civilement; elle ouvre la succession d'une personne capable de transmettre, et la confiscation étant abolie, rien n'empêche la transmission à ses héritiers.

[2] Il faudrait une disposition expresse de la loi pour attacher la mort civile aux condamnations prononcées pour crimes et délits militaires : il n'est pas possible, en cette matière, de raisonner par analogie.

[3] Nos lois nouvelles n'admettent plus cette espèce de mort civile.

[4] La mainmorte est abolie : il n'y a plus ni de mainmortables ni de mortaillables.

rents avec lesquels ils vivaient en communauté.—On appelle ces gens de *corps-mortaillables*. Nous en avons parlé au *Traité de la Division des Personnes*. Nous y renvoyons.

SECT. II. — DES PERSONNES QUI PEUVENT SUCCÉDER.

Pour pouvoir succéder, il faut : — 1° Exister lors de l'ouverture de la succession ;—2° Il faut jouir de la vie civile ;—3° Il faut être parent du défunt au degré requis par l'ordre que la loi a établi pour les successions [1].

ART. Ier. — De l'existence nécessaire pour succéder.

Le néant ne peut avoir aucune propriété : c'est pourquoi il est évident qu'il faut, avant toutes choses, exister pour être capable de succéder ; et comme la capacité de succéder est requise précisément au temps de l'ouverture de la succession ; parce que, suivant la règle, *le mort saisit le vif*, c'est dans ce temps que l'héritier est saisi de la succession, et qu'il ne peut être saisi de la succession, s'il n'est alors capable de succéder ; il s'ensuit que personne ne peut prétendre avoir succédé à quelqu'un, s'il n'existait pas lors de l'ouverture de la succession.

De là il suit que celui qui n'était ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession du défunt, ne peut prétendre la succession ; c'est pourquoi si une personne, lors de sa mort, avait un fils et des cousins, que ce fils ait renoncé à la succession, qu'un an après la mort du défunt, il soit né de ce fils un enfant, pour lequel on réclame la succession de son aïeul, qui s'est depuis manifestée être avantageuse par l'arrivée d'un vaisseau, sur lequel le défunt avait un gros intérêt, et qu'on croyait perdu, ce petit-fils ne sera point recevable dans la demande qu'il fait de la succession de son aïeul, parce que n'étant ni né ni conçu lors de la mort de son aïeul, il n'était point capable de lui succéder ; les cousins du défunt, par la renonciation du fils, sont censés avoir été saisis de la succession, dès l'instant de la mort du défunt.

On doit suivre la même décision, même vis-à-vis du fisc à défaut de parents du défunt. Ce petit-fils n'étant ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession, ne peut y avoir aucun droit : les biens ont été, comme vacants, déférés au fisc [2].

Il faut décider autrement à l'égard des posthumes. L'enfant ou autre parent du défunt qui n'était pas encore né, à la vérité, lors de la mort du défunt qui a donné ouverture à sa succession, mais qui était au moins conçu, succède au défunt lorsqu'il naît, comme s'il fût déjà né lors de l'ouverture de la succession, suivant cette règle de droit, *qui in utero est, pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*. Le temps de sa naissance a, en ce cas, un effet rétroactif au temps de sa conception.

Pour que le posthume puisse être réputé avoir succédé, il faut qu'il soit né vivant ; car celui qui naît mort, n'a jamais été au monde, et par conséquent n'a jamais pu être capable de succéder. *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquàm liberi appellari potuerunt*, L. 129,

---

[1] *V.* art. 725, C. civ.

Art. 725 : « Pour succéder, il faut « nécessairement exister à l'instant de « l'ouverture de la succession.—Ainsi, « sont incapables de succéder : — « 1° Celui qui n'est pas encore conçu ; « — 2° L'enfant qui n'est pas né viable ; « — 3° Celui qui est mort civilement. »

[2] Les *Institutes* de Justinien en donnent très énergiquement la raison : *Qui à nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit*. Lib. 3, tit. 1, § 8. La parenté ne peut se concevoir qu'entre des personnes existantes simultanément. Il faut que la transmission ait pu s'opérer de l'une à l'autre.

ff. *de Verb. signif.* Cela est conforme à la loi 3, § 9, ff. *de suis et legit. hæred. utique ex lege Duodecim Tabularum ad legitimam hæreditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus.*

Il faut aussi qu'il soit né à terme. Un avorton, quand même il aurait quelque instant de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder [1].

Au reste, l'enfant qui naît dans le septième mois, est censé né à terme, suivant la constitution d'Antonin le Pieux, et le sentiment d'Hypocrate. L. 9, § 10, *de Suis et legit. hæred.*

Lorsqu'il est incertain si le posthume est venu vivant, et par conséquent s'il a été héritier, c'est à ceux qui ont intérêt qu'il l'ait été à le justifier, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit* [2].

Cette question peut avoir lieu entre une veuve qui est accouchée après la mort de son mari, et les parents collatéraux de son mari. C'est à la veuve qui prétend la succession de son mari, comme ayant succédé à son enfant, qui avait succédé à son père, à prouver que son enfant a vécu pour pouvoir succéder à son père : faute par elle de le prouver [3], les biens mobiliers de son mari appartiendront aux parents collatéraux de son mari.

Des principes que nous avons établis, il résulte la décision de la question suivante : — Pierre, lors de sa mort, a laissé pour son héritier Philippe, son cousin germain et plus proche parent. Les enfants de Jacques, qui était aussi cousin germain du défunt, et qui s'est absenté avant la mort du défunt sans qu'on ait eu aucune nouvelle de lui, et qu'on ait su ce qu'il est devenu, prétendent que Jacques leur père doit être présumé vivant, et avoir, conjointement avec Philippe, succédé à Pierre : et en conséquence s'étant fait envoyer en possession des biens de leur père comme absent, ils demandent à partager avec Philippe les biens de Pierre. Y sont-ils bien fondés ? Il faut, suivant les principes établis ci-dessus, décider qu'ils n'y sont pas fondés ; car, pour que Jacques leur père ait succédé à Pierre, il faut qu'il ait existé, qu'il ait été vivant lors de la mort de Pierre. Dans l'incertitude où l'on est s'il était vivant ou non pour lors, et si en conséquence il a succédé, c'est à ses enfants, qui le soutiennent, à le prouver, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit ;* faute de pouvoir le prouver, Philippe doit avoir congé de leur demande.

---

[1] *V.* art. 725, C. civ. ci-dessus, p. 7, note 1.

[2] Mais quand est-ce que le posthume sera réputé avoir été conçu avant l'ouverture de la succession ; suffira-t-il qu'il naisse dans les trois cents jours après le décès du *de cujus ?* Quelques auteurs adoptent l'affirmative. Cependant, s'il est vrai que la loi admette la possibilité que l'enfant ne naisse que le trois centième jour de sa conception ; il est indubitable que tous les enfants ne restent pas trois cents jours dans le sein de leur mère. Et pourquoi appliquer à des intérêts pécuniaires, une règle extrême, admise par le législateur dans l'intérêt de la légitimité seulement ? Quelle loi serait donc violée par un arrêt qui déciderait que l'enfant est né avant le trois centième jour de sa conception ?

Ainsi, toutes les fois que la légitimité de l'enfant ne sera point litigieuse, et que, depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la naissance de l'enfant, il se sera écoulé plus que le minimum du temps de la gestation (179 jours), mais moins que le maximum (300 jours), les juges pourront, sans violer aucune loi, et en appréciant les circonstances, déclarer cet enfant capable ou incapable de recueilllir la succession dont il s'agit.

[3] Cette doctrine est consacrée par l'art. 135, C. civ., ainsi conçu :

Art. 135 : « Quiconque réclamera « un droit échu à un individu dont « l'existence ne sera pas reconnue, « devra prouver que ledit individu « existait quand le droit a été ouvert : « jusqu'à cette preuve, il sera déclaré « non recevable dans sa demande. »

Les enfants de Jacques, pour établir leur demande, allégueront une prétendue maxime qui se trouve à la tête du recueil de Lacombe, qu'un homme est présumé vivre cent ans. La réponse est que cette maxime est très fausse, et que les lois sur lesquelles les praticiens, de qui il l'a empruntée, ont coutume de la fonder, sont très mal appliquées. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *præsumptio ex eo quod plerumquè fit.* Cujas, *in Paratit. ad. tit. de probation. et præsumption.* D'où il suit que, pour qu'un homme dût être présumé vivre cent ans, il faudrait que le temps de cent ans fût la durée ordinaire de la vie des hommes, il faudrait qu'il n'arrivât que très rarement qu'un homme mourût avant l'âge de cent ans. Or, l'expérience nous convainc du contraire; il est donc faux qu'un homme doive être présumé vivre cent ans. Les lois que les praticiens allèguent pour établir cette maxime, sont la loi 56, ff. *de Usuf.* la loi 23, Cod. *de Sacro sanct. Eccles.* et autres, où il est dit « que le temps de cent ans est le temps de la vie des hommes qui vivent le plus longtemps, *is finis longævi hominis.* » Mais ces lois n'établissent point leur maxime, mais une très différente; savoir qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans, ce qui est différent de ce qu'ils disent, qu'un homme est présumé vivre cent ans. Qu'un homme soit présumé ne pas vivre plus de cent ans, cela est conforme à la nature des présomptions, *præsumptio ex eo quod plerumquè fit.* C'est pourquoi, quoiqu'il y ait quelques hommes qui vivent au delà de cent ans, le cas en est très rare; et il arrive au contraire très communément que les hommes meurent avant cet âge. Toutes les fois donc qu'un demandeur sera obligé de prouver la mort d'une personne pour fonder sa demande, comme s'il demande un profit qu'il prétend lui être dû par la mort de cette personne, qui lui a été donnée pour vicaire; s'il demande un legs qui lui a été fait sous condition de la mort d'une personne ; en ces cas et autres semblables, le demandeur, en justifiant par le rapport de l'extrait baptistaire de cette personne, qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, sera dispensé de prouver sa mort; car elle sera présumée, parce qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans; mais s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre; et de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort, de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

ART. II. — De la vie civile nécessaire pour succéder.

Les successions étant du droit civil, comme nous l'avons déjà observé, il s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile; de là il suit que ni les Aubains qui ne sont pas naturalisés, ni les Français qui ont abdiqué leur patrie par un établissement en pays étranger, ni ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à peine capitale, ni les religieux ne peuvent succéder.

§ I. *Des aubains.*

Les aubains qui ne sont pas naturalisés, n'ayant pas l'état civil, ne sont capables d'aucune succession en France, ni directe, ni collatérale[1].

[1] Loi du 14 juillet 1819 :

Art. 1er. « Les art. 726 et 912, C. civ., « sont abrogés : en conséquence, les « étrangers auront le droit de succéder, « de disposer et de recevoir de la même « manière que les Français dans toute « l'étendue du royaume. »

2. « Dans les cas de partage d'une

Cette règle souffre une première exception, dans le cas auquel des enfants aubains, non naturalisés, pourvu néanmoins qu'ils soient domiciliés dans le royaume, se trouvent concourir à la succession de leur père ou mère, ou autres ascendants, avec d'autres enfants qui sont Français ou naturalisés; en ce cas, ces enfants non naturalisés, lesquels, s'ils eussent été seuls, n'eussent pu être admis à la succession de leurs père ou mère, ou autres ascendants, sont admis à concourir avec les autres enfants qui en sont capables, la capacité qu'ils ont n'étant pas de leur chef. *Nec enim novum in jure quod quis ex personâ suâ non habet, ex alterius personæ concursu et beneficio id habeat. tit.*, ff. *de Bonor. possess. cont. tabul.*

La raison de ceci, est que le droit d'aubaine du roi étant exclu par les enfants français ou naturalisés, le roi est mis hors d'intérêt. Il n'a plus d'intérêt d'opposer aux enfants aubains leur qualité d'aubain, et leur incapacité à cette succession, puisque cette succession ne les peut regarder. Il n'y a donc plus que les enfants français ou naturalisés qui pourraient opposer à ceux qui ne le sont pas, cette qualité d'aubain; mais il a paru qu'il ne serait pas équitable qu'on les reçût à vouloir exclure leurs frères d'une succession que la nature même leur défère aussi bien qu'à eux. Cette décision a lieu, soit que les enfants français soient de la même branche que les aubains, soit qu'ils soient de différentes branches.

Hors ce cas de la succession directe, les aubains, non naturalisés, sont exclus de la succession de leurs parents, non-seulement par le roi, mais par les parents français du défunt.

La règle que les aubains ne succèdent point en France souffre une seconde exception à l'égard de la succession des personnes, qui, soit en conséquence des traités faits avec la nation, soit à cause de leur qualité d'ambassadeurs, résidents, etc., de fréquentant les foires de Lyon, d'écoliers de droit, etc., sont exempts du droit d'aubaine; car les parents de ces personnes, quoique étrangères, quoique domiciliées hors le royaume, leur succèdent, au moins aux choses pour lesquelles leur succession est exempte du droit d'aubaine.

Au reste, quoique par un traité, les sujets d'une certaine nation soient exempts du droit d'aubaine en France, cela ne leur donne que le droit de succession passive, s'ils décèdent en France, ils n'ont pas pour cela le droit de succession active, à moins que le traité ne comprenne expressément les droits de l'une et de l'autre succession.

Une troisième exception regarde les rentes que le roi a créées exemptes du droit d'aubaine, auxquelles les parents étrangers, et non domiciliés dans le royaume, succèdent à l'étranger propriétaire desdites rentes.

§ II. *Des personnes établies en pays étranger.*

Il est certain que le Français qui abdique sa patrie perd les droits de naturel français, et par conséquent le droit de succéder en France; mais, tant qu'on ne lui a pas fait son procès pour crime de désertion, et qu'il n'est point intervenu de sentence contre lui, quelque marque qu'il ait donné d'établissement en pays étranger, son retour en France doit faire présumer qu'il n'a point abdiqué sa patrie; et en conséquence il doit être admis aux successions de ses parents, même à celles qui seraient échues avant son retour, pourvu qu'il affirme qu'il entend demeurer en France.

« même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci « prélèveront sur les biens situés en « France une portion égale à la valeur « des biens situés en pays étranger « dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et « coutumes locales. »

Comme cette déclaration peut être suspecte, on a quelquefois, en pareil cas, admis un héritier à la succession, sous la condition qu'il ne pourrait en aliéner les biens.

Lorsqu'un Français est mort dans le pays étranger, après avoir donné quelque marque qui fait présumer l'esprit d'un établissement perpétuel en pays étranger, et d'une abdication de sa patrie, il ne peut pas être réputé avoir succédé à ses parents, morts pendant qu'il était dans le pays étranger [1].

Que s'il n'a donné aucune de ces marques d'établissement en pays étranger, quelque long temps qu'il y ait demeuré, et quoiqu'il y soit mort sans revenir, il aura succédé à ses parents, morts en France pendant qu'il était en pays étranger.

§ III. *De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.*

Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale, sont incapables de succéder [2].

Pour que la condamnation à une peine capitale fasse perdre à quelqu'un la vie civile et le droit de succéder, il faut que cette condamnation soit prononcée par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou qui ait été confirmé par arrêt; ou, si elle a été portée par un jugement rendu par contumace, il faut qu'il se soit écoulé cinq ans depuis l'exécution de ce jugement, par effigie ou tableau, sans que le condamné se soit représenté.

De là il suit que celui qui est accusé d'un crime capital, est capable de succéder, tant qu'il n'est point encore condamné, et qu'il succède effectivement à ses parents, morts depuis l'accusation intentée contre lui, quand même il serait par la suite condamné.

A l'égard de celui qui a été condamné par un jugement contradictoire qui n'est pas en dernier ressort, son état civil, ou sa capacité de succéder, est en suspens depuis ce jugement, et par conséquent s'il est confirmé, il a été incapable de succéder à ses parents, qui seraient morts depuis ce jugement.

Si, au contraire, le jugement a été infirmé, ou si le condamné est mort pendant l'appel, le jugement étant, en l'un et l'autre cas, privé de tout effet, le

---

[1] Le Français qui a perdu cette qualité, doit être traité comme un étranger, et par conséquent il peut, d'après la loi du 14 juillet 1819, succéder à ses parents français.

[2] Art. 25, C. civ., ci-apres, et 725, 3°, C. civ. ci-dessus, p. 7, note 1.

Art. 25 : « Par la mort civile, le « condamné perd la propriété de tous « les biens qu'il possédait : sa succes- « sion est ouverte au profit de ses hé- « ritiers, auxquels ses biens sont dévo- « lus, de la même manière que s'il « était mort naturellement et sans tes- « tament. — Il ne peut plus ni re- « cueillir aucune succession, ni trans- « mettre, à ce titre, les biens qu'il a « acquis par la suite. — Il ne peut ni « disposer de ses biens, en tout ou en « partie, soit par donation entre-vifs, « soit par testament, ni recevoir à ce « titre, si ce n'est pour cause d'ali- « ments. — Il ne peut être nommé « tuteur, ni concourir aux opérations « relatives à la tutelle. — Il ne peut « être témoin dans un acte solennel ou « authentique, ni être admis à porter « témoignage en justice. — Il ne peut « procéder en justice, ni en défen- « dant, ni en demandant, que sous le « nom et par le ministère d'un cura- « teur spécial, qui lui est nommé par « le tribunal où l'action est portée. — « Il est incapable de contracter un ma- « riage qui produise aucun effet civil. « — Le mariage qu'il avait contracté « précédemment, est dissous, quant à « tous ses effets civils. — Son époux « et ses héritiers peuvent exercer res- « pectivement les droits et les actions « auxquels sa mort naturelle donne- « rait ouverture. »

condamné sera toujours censé avoir conservé son état civil, et aura, par conséquent, succédé à ses parents, morts depuis ce jugement.

Si l'arrêt qui a infirmé le premier jugement, portait aussi condamnation d'une peine différente, à la vérité, de celle portée par le premier jugement, mais pareillement capitale, comme si quelqu'un avait été condamné à mort par le premier jugement, et par l'arrêt à la peine des galères à perpétuité, *aut vice versâ*, en l'un et l'autre cas, je pense qu'il a conservé l'état civil jusqu'au jour de l'arrêt, et qu'en conséquence il a été capable de succéder à ses parents morts dans le temps intermédiaire du premier jugement et de l'arrêt; car ce n'est pas la condamnation portée par le premier jugement qui a pu lui faire perdre la vie civile, puisqu'elle n'a pas eu lieu, c'est la condamnation portée par l'arrêt; ce n'est donc que l'arrêt qui lui a fait perdre la vie civile, il ne l'a pas perdue plus tôt, et par conséquent, il a été jusques à ce temps capable de succéder.

Il en serait autrement, si le premier jugement n'était infirmé que par rapport à la demande ou à l'intérêt civil, et si l'arrêt avait laissé subsister la condamnation de la peine capitale portée par le premier jugement, il sera en ce cas réputé avoir perdu l'état civil par le premier jugement; et par conséquent avoir été, dès ce temps, incapable de succéder.

Observez aussi que ce qui a été dit, « que le condamné à une peine capitale, qui meurt pendant l'appel, est réputé n'avoir jamais perdu l'état civil, » reçoit exception dans le cas du crime de lèze-majesté au premier chef; car, comme l'accusation de ce crime et par conséquent l'appel, peuvent se poursuivre après la mort, il faudra attendre l'événement de l'appel.

L'état civil de celui qui a été condamné à une peine capitale, par un jugement rendu par contumace, est pareillement en suspens.

S'il meurt après le terme de cinq ans, qui lui est donné pour se représenter, et qui se compte du jour de l'exécution de ce jugement faite par tableau, sans qu'il se soit représenté, ou qu'il ait été constitué prisonnier; il est censé avoir perdu son état civil du jour de l'exécution du jugement, et par conséquent, il n'a pu succéder à ses parents, morts depuis.

Que s'il est mort avant le terme de cinq ans expiré, il est censé n'avoir jamais perdu son état civil, et par conséquent, il a toujours été capable de succéder.

Il en est de même s'il s'est représenté, ou s'il a été constitué prisonnier, quoiqu'après les cinq ans; car par sa représentation, le jugement de contumace est mis à néant, comme s'il n'y en avait jamais eu, et par conséquent, il est censé avoir toujours conservé son état civil et sa capacité de succéder.

Cette décision a-t-elle lieu, même dans le cas auquel le condamné, qui s'est représenté ou constitué prisonnier, aurait été de nouveau condamné à une peine capitale par jugement contradictoire? Il semble que la décision doit avait lieu, même en ce cas; car la contumace ayant été mise à néant, ce n'est point, même en ce cas, par le jugement rendu par contumace, que le condamné a perdu la vie civile, mais par le jugement contradictoire intervenu depuis, ce n'est point une simple confirmation de celui qui a été rendu par contumace; car ayant été mis à néant, il ne peut être confirmé. Le condamné n'ayant perdu l'état civil que par le jugement contradictoire, il s'ensuit qu'il a été capable de succéder jusqu'à ce temps[1]; néanmoins Lebrun cite des arrêts qui ont jugé que le condamné, qui ne s'est représenté qu'après les cinq ans, était réputé avoir perdu la vie civile dès le temps de l'exécution de la sentence par contumace, à moins qu'il ne fût absous par le jugement contradictoire. *V.* les arrêts (des 17 juin 1595, 11 décembre 1608, 23 juillet 1626, et 31 mars 1678; Lebrun, liv. 1, ch. 2, sect. 3, n° 10).

---

[1] *V.* les art. 26, 27, 28, 29, 30 et 31, C. civ.

Art. 26 : « Les condamnations contradictoires n'emportent la mort ci-

§ IV. *Des religieux*[1].

Les religieux qui ont fait profession, selon les règles du royaume, que nous avons expliquées au *Traité de la Division des personnes*, sont incapables de succéder.

Cette incapacité vient de deux causes, dont chacune est suffisante pour les rendre incapables de succéder. La première est la perte qu'ils font de l'état civil par la profession religieuse. La seconde est le vœu de pauvreté qui les rend incapables d'acquérir des immeubles, et par conséquent de recueillir aucune succession, ne fût-ce qu'une succession mobilière, *quia universitas mobilium sapit quid immobile.*

C'est par cette seconde raison que les religieux, quoique restitués à la vie civile par l'épiscopat, demeurent néanmoins incapables de succéder à leurs parents.

Le religieux, quoique dispensé de ses vœux par le pape, demeure incapable de succéder; car la puissance du pape, qui est toute spirituelle, ne peut lui rendre la vie civile qu'il a perdue.

Les jésuites, après les premiers vœux, sont vrais religieux, et par conséquent, ne jouissant pas de l'état civil, ils sont donc incapables de succéder pendant qu'ils sont dans la société; mais comme ils peuvent être congédiés de la société, leur état civil est plutôt en suspens qu'il n'est perdu; car, s'ils sont congédiés et retournent au siècle, ils sont censés ne l'avoir jamais perdu, par une fiction

---

« vile qu'à compter du jour de leur exé« cution, soit réelle, soit par effigie. »

Art. 27 : « Les condamnations par « contumace n'emporteront la mort « civile qu'après les cinq années qui « suivront l'exécution du jugement « par effigie, et pendant lesquelles le « condamné peut se représenter. »

Art. 28 : « Les condamnés par con« tumace seront, pendant les cinq ans, « ou jusqu'à ce qu'ils se représentent « ou qu'ils soient arrêtés pendant ce « délai, privés de l'exercice des droits « civils. — Leurs biens seront admi« nistrés et leurs droits exercés de « même que ceux des absents. »

Art. 29 : « Lorsque le condamné par « contumace se présentera volontaire« ment dans les cinq années, à comp« ter du jour de l'exécution, ou lors« qu'il aura été saisi et constitué pri« sonnier dans ce délai, le jugement « sera anéanti de plein droit; l'accusé « sera remis en possession de ses biens : « il sera jugé de nouveau; et si, par ce « nouveau jugement, il est condamné « à la même peine ou à une peine dif« férente, emportant également la mort « civile, elle n'aura lieu qu'à compter « du jour de l'exécution du second ju« gement. »

Art. 30 : « Lorsque le condamné par « contumace, qui ne se sera représenté « ou qui n'aura été constitué prison« nier qu'après les cinq ans, sera ab« sous par le nouveau jugement; ou « n'aura été condamné qu'à une peine « qui n'emportera pas la mort civile, il « rentrera dans la plénitude de ses « droits civils, pour l'avenir, et à comp« ter du jour où il aura reparu en jus« tice; mais le premier jugement con« servera, pour le passé, les effets que « la mort civile avait produits dans l'in« tervalle écoulé depuis l'époque de « l'expiration des cinq ans jusqu'au « jour de sa comparution en jus« tice. »

Art. 31 : « Si le condamné par con« tumace meurt dans le délai de grâce « des cinq années sans s'être repré« senté, ou sans avoir été saisi ou « arrêté, il sera réputé mort dans l'in« tégrité de ses droits. Le jugement de « contumace sera anéanti de plein « droit, sans préjudice néanmoins de « l'action de la partie civile, laquelle « ne pourra être intentée contre les « héritiers du condamné que par la « voie civile. »

[1] Tout ce paragraphe est sans application aujourd'hui.

semblable à celle *juris post liminii*, par laquelle, selon le droit romain, un Romain pris par les ennemis, lorsqu'il était de retour, était censé n'avoir jamais été en captivité, et n'avoir jamais perdu la vie civile. En conséquence de cette fiction, le jésuite congédié est censé avoir succédé à ses parents, morts pendant qu'il était jésuite ; et ceux qui ont recueilli cette succession doivent la lui rendre, ou en total, s'il était le plus proche héritier, ou pour la partie à laquelle il est censé avoir succédé ; mais ils ne sont tenus envers lui à aucune restitution des fruits de cette succession. C'est ce qui est porté par la déclaration du roi, du mois de juillet 1715.

Observez aussi que, suivant cette déclaration, il faut que le jésuite soit congédié avant l'âge de trente-trois ans, pour avoir droit à ces successions ; autrement, non-seulement il n'a point de droit aux successions de ses parents, morts pendant qu'il était jésuite, il est même, suivant cette déclaration, incapable des successions qui écherraient depuis ; ce qui a été établi pour le repos des familles, dans lesquelles on a pu prendre des engagements relatifs au juste sujet qu'on avait de croire qu'il ne retournerait pas au siècle. V. ce qui a été dit au *Traité de la division des personnes*.

Les chevaliers de Malte, lorsqu'ils ont fait leurs vœux, sont de vrais religieux, et par conséquent, ils sont incapables de succéder à leurs parents ; mais la jurisprudence a établi qu'ils puissent demander des pensions alimentaires, pour en jouir seulement jusques à ce qu'ils soient pourvus d'une commanderie.

Les brefs que le pape accorde quelquefois à ces chevaliers pour pouvoir succéder, n'ont aucun effet en France, car le pape n'y a aucun pouvoir pour toutes les choses qui sont de l'ordre politique et séculier, tel qu'est le droit de succéder. Les Français connaissent trop l'importance des fonctions du souverain pontife, et les bornes que le doigt de Dieu a mises à sa puissance, pour le voir indifféremment s'immiscer dans l'administration des affaires temporelles[1]. Ils sont inviolablement attachés à ce principe : *jus dicens extra territorium, jus non dicit*. C'est pourquoi ses décisions en matières civiles, ne sont d'aucun poids chez nous.

ART. III. — De la parenté.

Il faut être parent du défunt pour être capable de lui succéder, sauf qu'à défaut de parents la veuve du défunt ou le veuf de la défunte, soient admis à lui succéder.

§ Ier. *Ce que c'est que parenté.*

On appelle *parents* des personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent d'une même souche commune. Les premiers, c'est-à-dire les personnes dont l'une descend de l'autre, sont *parents en ligne directe ;* les autres, c'est-à-dire ceux qui descendent d'une souche commune, sont *parents en ligne collatérale*. Par exemple, un père et un fils sont parents ; un aïeul et un petit-fils sont parents ; car l'une de ces personnes descend de l'autre : le fils descend de son père, le petit-fils descend de son aïeul. Deux frères sont parents, un oncle et un neveu sont parents ; deux cousins sont parents, car toutes ces personnes descendent d'une souche commune. Les frères descendent d'un même père ou d'une même mère ; l'oncle et le neveu descendent d'une même personne, qui est le père ou la mère de l'oncle ou l'aïeul du neveu ; les cousins descendent aussi d'une même personne, d'un même aïeul, ou d'un même bisaïeul, ou d'un autre ascendant plus éloigné.

---

[1] Mais ces bornes sont peu apparentes ; et personne n'ignore la prétension de la cour de Rome à vouloir tout régler, tout envahir.

La *parenté* est donc une liaison entre deux personnes, dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent l'une et l'autre d'une même souche commune.

§ II. *Des lignes et degrés de parenté.*

La parenté que chaque personne peut avoir avec ses différents parents se divise en trois lignes, la *directe descendante*, la *directe ascendante*, et la *collatérale* [1].

La *parenté de ligne directe descendante* est celle que j'ai avec ceux qui descendent de moi; celle de la *ligne directe ascendante*, est celle que j'ai avec ceux de qui je descends; celle de la *ligne collatérale*, est celle que j'ai avec ceux qui descendent d'une même souche que moi.

La parenté se forme par une ou plusieurs générations; et c'est le nombre de ces générations qui fait le nombre du degré de parenté.

La parenté qui est entre un père et une mère, et leur fils ou fille, est une parenté qui se forme par une seule génération, et par conséquent, est une parenté au premier degré.

La parenté entre un aïeul et son petit-fils, est une parenté au second degré; car c'est par deux générations que le petit-fils descend de son aïeul; par la même raison la parenté du bisaïeul avec son arrière petit-fils, est au troisième degré, ainsi des autres.

Pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter le nombre des générations qu'il y a eu depuis l'un de ces parents jusqu'à la souche commune d'où ils descendent, et depuis cette souche commune jusqu'à l'autre parent.

Suivant cette manière de parler, il n'y a point de premier degré de parenté en ligne collatérale.

Les frères sont au second degré; car il faut deux générations pour former la parenté qui est entre eux.

L'oncle et la tante sont au troisième degré, avec le neveu ou la nièce, car il faut trois générations pour former cette parenté; savoir, deux pour monter de la personne du neveu jusqu'à la souche commune, qui est son aïeul, et une pour descendre depuis cette souche commune jusqu'à l'oncle, qui est fils de la personne qui fait la souche commune. Les cousins germains sont au quatrième

---

[1] V. les art. 735, 736, 737 et 738, C. civ.

Art. 735 : « La proximité de parenté « s'établit par le nombre de générations; chaque génération s'appelle « un *degré*. »

Art. 736 : « La suite des degrés « forme la ligne : on appelle *ligne directe* la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'au« tre; *ligne collatérale*, la suite des « degrés entre personnes qui ne des« cendent pas les unes des autres, « mais qui descendent d'un auteur « commun. — On distingue la ligne « directe, en ligne directe descendante « et en ligne directe ascendante. — La « première est celle qui lie le chef avec « ceux qui descendent de lui : la « deuxième est celle qui lie une per« sonne avec ceux dont elle des« cend. »

Art. 737 : « En ligne directe, on « compte autant de degrés qu'il y a de « générations entre les personnes : « ainsi le fils est, à l'égard du père, « au premier degré; le petit-fils, au se« cond; et réciproquement du père et « de l'aïeul à l'égard des fils et petits« fils. »

Art. 738 : « En ligne collatérale, les « degrés se comptent par les géné« rations, depuis l'un des parents jus« ques et non compris l'auteur com« mun, et depuis celui-ci jusqu'à l'au« tre parent.—Ainsi, deux frères sont « au deuxième degré; l'oncle et le « neveu sont au troisième degré; les « cousins germains au quatrième, ainsi « de suite. »

degré, car il faut quatre générations, deux pour monter de l'un des cousins germains à leur aïeul, qui est la souche commune, et deux pour descendre depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre cousin germain.

Suivant la même règle, deux cousins, dont l'un a le germain sur l'autre, c'est-à-dire, dont l'un était cousin germain du père ou de la mère de l'autre, sont entre eux au cinquième degré de parenté; deux cousins issus de germain sont au sixième ; ainsi des autres.

C'est cette manière de compter les degrés en collatérale, tirée du droit civil, que nous suivons dans l'ordre des successions ; mais il est à propos d'observer, qu'il y a une autre manière de les compter, tirée du droit canonique, qui est suivie dans les autres matières pour les degrés de parenté qui forment un empêchement au mariage, ou qui forment une cause de récusation de juge ou de témoins [1].

Au lieu que, par la computation du droit civil, on compte les générations de l'une et l'autre personne de la parenté desquelles il s'agit, au contraire, selon la computation du droit canonique, on ne compte les générations que de l'une de ces personnes, suivant cette règle, *in lineâ collaterali æquali quoto quæque persona gradu distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se ;* par exemple, suivant cette règle, les frères sont au premier degré de parenté, les cousins germains au second, les issus des germains au troisième, *et sic de cæteris gradibus.*

Si l'un des deux parents est plus éloigné que l'autre de la souche commune, on compte les générations de la personne la plus éloignée de la souche, selon cette autre règle : *in lineâ collaterali inæquali quoto gradu persona remotior distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se.* Par exemple, l'oncle et le neveu sont entre eux au second degré, parce que le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, en est éloigné de deux générations.

Il paraît que cette computation du droit canonique est peu exacte [2], aussi, comme nous venons de le dire, nous ne la suivons pas pour les successions, mais celle du droit civil, qui a été ci-dessus expliquée.

§ III. *Quelle parenté donne droit de succéder?*

Toute parenté ne donne pas droit de succéder ; il faut que deux choses concourent touchant la parenté : — 1° qu'elle soit légitime : — 2° qu'elle soit au degré auquel, selon l'ordre prescrit par la loi, la succession est déférée.

Nous remettons à parler de cet ordre au chapitre suivant.

Le principe que nous avançons, *qu'il n'y a que la parenté légitime qui donne droit de succéder*, se trouve écrit dans notre coutume, art. 310.

Le droit romain faisait une distinction entre le père et la mère ; il n'y avait que la parenté légitime qui donnât le droit de succéder entre le père et les enfants, parce qu'ils ne reconnaissent pour leur père que celui qui l'est par un mariage, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Mais la parenté purement naturelle suffisait pour établir le droit de succession entre la mère et ses enfants bâtards, entre les enfants et leurs parents naturels, parce que *mater semper est certa.* Cette distinction n'a pas lieu dans notre droit français, il ne reconnaît aucune autre parenté qui puisse donner droit de succéder ; c'est pourquoi notre coutume dit indistinctement, *enfants bâtards ne succèdent* [3].

---

[1] La manière de compter les degrés en collatérale, tirée du droit civil, est actuellement suivie en France, non seulement pour les successions, mais aussi pour toutes-autres matières.

[2] Elle est non-seulement peu exacte, mais très bizarre, et il serait difficile de s'en rendre compte, si l'on ne connaissait pas les abondantes recettes qu'elle a produites.

[3] Le Code, tout en refusant aux enfants naturels la qualité d'héritiers,

Ils ne succèdent pas plus à leur mère et à leurs parents naturels qu'à leur père.

Pareillement leur père et leur mère ne leur succèdent point, parce que la parenté qui est entre eux étant formée par une conjonction illégitime, n'est point une parenté légitime qui puisse donner droit de succéder [1].

Mais un bâtard peut succéder à ses enfants qu'il a eus d'un légitime mariage, parce que la parenté qui est entre lui et ses enfants, est une parenté légitime, puisqu'elle procède d'un légitime mariage.

Lorsqu'une parenté est formée par plusieurs générations, il faut, pour qu'elle soit légitime, et qu'elle donne le droit de succéder, que toutes ces générations proviennent d'une conjonction légitime, s'il y en a une seule qui provienne d'une conjonction illégitime, la parenté n'est pas légitime, et ne peut donner ce droit de succéder.

Suivant ce principe, si j'ai eu un bâtard qui ait eu un fils né de légitime mariage, la parenté qui est entre mon petit-fils et moi n'est pas une parenté légitime, qui puisse nous donner droit de succéder l'un à l'autre, parce que des deux générations dont elle est formée, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

Par la même raison, si, outre ce bâtard, j'ai eu un autre fils né de légitime mariage, qui est l'oncle du fils du bâtard, cet oncle ne sera pas habile à succéder à son neveu, ni le neveu à son oncle, parce que des trois générations qui forment la parenté entre cet oncle et ce neveu, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

§ IV. *Quelles conjonctions sont légitimes?*

Il n'y a de légitime conjonction que le mariage valablement et légitimement contracté.

Un mariage dans lequel se rencontre un empêchement dirimant, ne peut donc pas former une parenté légitime; *putà,* s'il pèche dans la forme, n'ayant pas été contracté en face d'Eglise [2], si l'une des parties était engagée dans les ordres sacrés, ou dans la profession religieuse, etc. Ce n'est pas ici le lieu de rapporter les différents empêchements dirimants qui peuvent annuler les mariages; nous les avons détaillés dans un Traité particulier *du mariage.*

Quoiqu'un mariage nul ne soit pas une conjonction légitime, néanmoins quelquefois il équipolle à une conjonction légitime, à cause de la bonne foi des parties; car, tant qu'elles ont une juste cause d'ignorance de l'empêche-

---

leur accorde cependant des droits sur les biens de leur père et mère décédés, lors même qu'il existe des héritiers légitimes. *V.* art. 756 et 757, C. civ.

Art. 756 : « Les enfants naturels ne « sont point héritiers; la loi ne leur « accorde de droit sur les biens de leur « père ou mère décédés, que lorsqu'ils « ont été légalement reconnus. Elle ne « leur accorde aucun droit sur les « biens des parents de leur père ou « mère. »

Art. 757 : « Le droit de l'enfant na- « turel sur les biens de ses père ou « mère décédés, est réglé ainsi qu'il « suit : — Si le père ou la mère a « laissé des descendants légitimes, ce « droit est d'un tiers de la portion hé- « réditaire que l'enfant naturel aurait « eue s'il eût été légitime; il est de la « moitié lorsque les père ou mère ne « laissent pas de descendants, mais « bien des ascendants ou des frères ou « sœurs; il est des trois quarts lorsque « les père ou mère ne laissent ni des- « cendants ni ascendants, ni frères ni « sœurs. »

[1] *V.* art. 765, C. civ.

Art. 765 : « La succession de l'en- « fant naturel décédé sans postérité « est dévolue au père ou à la mère qui « l'a reconnu; ou pour moitié à tous « les deux, s'il a été reconnu par l'un « et par l'autre. »

[2] Le mariage se contracte actuellement devant l'officier de l'état civil.

ment dirimant, le mariage, quoiqu'il soit illégitime, équipolle à une conjonction légitime, et forme une parenté légitime : par exemple, si on a cru un homme péri dans un naufrage, et que sa femme, sur un certificat en bonne forme de la mort de son mari, en ait épousé un autre, et que son premier mari, qu'on croyait péri, étant échappé du naufrage, vienne à reparaître, il est certain que le second mariage de la femme est nul; néanmoins, à cause de la bonne foi des parties, il équipollera à une conjonction légitime, et les enfants, qui en sont nés, pourvu qu'ils aient été conçus pendant que la bonne foi durait[1], c'est-à-dire, avant le retour du premier mari qu'on croyait mort, seront réputés légitimes.

Il ne faut même que la bonne foi de l'une des parties pour donner à un mariage nul les effets d'une conjonction légitime : par exemple, si une femme épouse un homme qu'elle ignore être engagé dans les ordres sacrés, ou dans la profession religieuse, ce mariage, quoique nul en soi, aura, à cause de la bonne foi de la femme, les effets d'une conjonction légitime, et formera une parenté légitime : les enfants succéderont à leurs parents; mais je ne pense pas que le père, qui était en mauvaise foi, dût leur succéder, car il en est indigne.

Ce que nous venons d'établir est fondé sur le chapitre, *cum inhibitio*, § *si quis*, tiré du concile de Latran, sous Innocent III, au titre des décrétales, *de Clandestinâ despons. Proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes.... contrahere præsumpserunt.* Au contraire, ils sont légitimes s'ils l'ont ignoré. Cela est encore établi par les décrétales, capit. *ex tenore* X. *Qui filii sunt legitimi.* Lebrun rapporte des arrêts qui ont adopté ces dispositions canoniques. (V. *Traité des Successions*, liv. 1, ch. 7, n° 15.)

Il y a des mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils par nos lois; ces mariages sont valablement contractés; mais ils ne sont pas légitimement contractés; ils ne sont pas une conjonction légitime, et par conséquent ne forment point de parenté légitime qui puisse donner le droit de succéder. Tels sont les mariages qui, ayant été contractés dans la forme prescrite par les lois, ont néanmoins été tenus cachés jusqu'à la mort de l'un des conjoints. L'ordonnance de 1639, art. 3, prive ces mariages des effets civils : *Déclarons que les enfants qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenus ou tiendront cachés durant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, soient incapables de toute succession, aussi bien que leur postérité*[2].

---

[1] *V.* art. 201 et 202, C. civ. Pothier exige que la bonne foi ait duré jusqu'après la conception de l'enfant : le Code paraît au contraire n'exiger cette bonne foi qu'au moment de la célébration du mariage, *lorsqu'il a été contracté de bonne foi.*

Art. 201 : « Le mariage qui a été « déclaré nul, produit néanmoins les « effets civils, tant à l'égard des époux « qu'à l'égard des enfants, *lorsqu'il a « été contracté de bonne foi.* »

Art. 202 : « Si la bonne foi n'existe « que de la part de l'un des deux époux, « le mariage ne produit les effets civils « qu'en faveur de cet époux et des en-« fants issus du mariage. »

[2] Cette disposition, bien rigoureuse pour les enfants, n'est point reproduite par les lois nouvelles; les formalités relatives à la publicité précèdent le mariage, ou sont concomitantes : sauf le cas prévu par l'art. 171, C. civ., relatif aux mariages contractés en pays étranger; mais on ne peut, dans le silence de la loi, donner pour sanction à cet article la nullité du mariage.

Art. 171 : « Dans les trois mois après « le retour du Français sur le territoire « du royaume, l'acte de célébration du « mariage contracté en pays étranger « sera transcrit sur le registre public « des mariages du lieu de son domi-« cile. »

On prouve qu'un mariage a été tenu secret, lorsqu'il paraît par des actes que la femme n'a pas pris le nom de son mari; comme aussi, lorsque les parties ont eu des habitations séparées, lorsqu'une servante que son maître a épousée, est demeurée dans son état de servante.

L'ordonnance de 1639, article 6, prive des effets civils une autre espèce de mariage : *Nous voulons que la même peine* (*de l'incapacité de succéder*) *ait lieu contre les enfants nés de femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie.*

L'édit de 1697 a étendu cet article aux mariages des femmes qui, à l'extrémité de la vie, épouseraient des hommes avec qui elles auraient vécu dans le libertinage.

Il faut le concours de deux choses pour qu'un mariage soit privé des effets civils, suivant la disposition de ces lois :—1° Qu'il ait été contracté à l'extrémité de la vie;—2° Qu'il ait été précédé d'un concubinage ou mauvais commerce entre les parties.

Il ne suffirait pas qu'il y eût des soupçons de ce mauvais commerce; il faut des preuves positives; c'est ce qui est établi par un arrêt du 8 juillet 1675, rapporté au 1er volume du *Journal du Palais*, p. 686, qui a jugé qu'un mariage fait *in extremis* dans la chambre du malade, avec la dispense de publication de bans, devait avoir les effets civils, faute de preuve positive de mauvais commerce qui eût précédé entre les parties, quoiqu'il y eût eu des présomptions.

Un mariage serait-il censé fait *à l'extrémité de la vie*, si un des contractants, qui était en santé lors de la célébration, mourait subitement le lendemain ou le jour même? Non; l'ordonnance entend par mariage fait à l'extrémité de la vie, celui qui a été contracté par celui qui savait toucher à sa fin, et qui était malade de la dernière maladie dont il est mort. L'ordonnance a voulu punir ceux qui attendaient à l'extrémité de la vie à réparer le scandale d'un mauvais commerce par un mariage légitime. Celui qui était en pleine santé, quoiqu'à la veille de sa mort, qu'il n'avait pas sujet de croire si prochaine, n'a pas eu la volonté d'attendre à la fin de sa vie à réparer le scandale, puisqu'il l'a réparé dans un temps où il n'avait aucun sujet de croire qu'il fût à l'extrémité de sa vie, et par conséquent le mariage qu'il a contracté ne doit point être sujet aux peines de l'ordonnance.

Il paraît y avoir un peu de difficulté lorsqu'une femme, la veille de ses couches, épouse un homme avec qui elle a vécu depuis longtemps en libertinage, et meurt ensuite en couches; néanmoins il a été jugé, par arrêt du 5 septembre 1675, rapporté au *Journal du Palais*, 1er volume, p. 712, que ce mariage n'était point censé fait à l'extrémité de la vie, et avait les effets civils. Car, quoique l'état de grossesse soit un état qui mette la femme en danger de sa vie, néanmoins c'est un état naturel; la grossesse n'est point une maladie; la femme est dans le cas de craindre, mais non de désespérer de sa vie.

Lorsque le mariage a été contracté pendant la dernière maladie de l'un des conjoints, qui, dès le temps de la célébration, avait un trait prochain à la mort, le mariage est sujet à la peine de l'ordonnance. Au reste, la jurisprudence n'a point fixé l'intervalle du temps qu'il fallait qu'il y eût en ce cas entre la célébration et la mort.

Il a été jugé, par un arrêt du 28 février 1667, rapporté au 2e volume du *Journal des Audiences*, liv. 6, ch. 14, qu'un mariage contracté par un homme, blessé à mort, avec sa concubine, était sujet aux peines de l'ordonnance, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours[1].

Le troisième cas, auquel un mariage, quoique valablement contracté, n'a

[1] Cette législation et cette jurisprudence, sont aujourd'hui sans application : si le mariage est valable, et que les enfants aient été reconnus, ils seront légitimés, et auront le droit de succéder.

pas les effets civils, et ne peut former une parenté légitime, c'est lorsqu'un des contractants est mort civilement. La raison en est évidente : les personnes mortes civilement ne participent point à l'état civil; elles sont donc incapables d'une conjonction civile[1]; le mariage qu'elles contractent ne peut donc être qu'un mariage naturel, et non pas un mariage qui ait les effets civils. Cela est établi par l'ordonnance de 1639, art. 6, qui prononce la peine de l'incapacité de succéder contre les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par sentence rendue par défaut, si, avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier état. Ces termes de l'ordonnance, *condamnés à mort*, ne s'entendent pas seulement de la condamnation à mort naturelle, mais de la condamnation à une peine qui emporte mort civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Ceux qui sont condamnés à ces peines, perdant, par la condamnation, l'état civil, sont incapables d'un mariage qui ait les effets civils. Lebrun rapporte un arrêt (du 15 juin 1618) qui l'a jugé à l'égard d'un nommé Tillon, qui avait contracté mariage après avoir été banni hors du royaume (liv. 1, ch. 2, sect. 3, n° 15).

Si le condamné qui, depuis la condamnation par contumace, a contracté mariage, est mort dans les cinq ans qui sont accordés pour se représenter, son mariage aura-t-il les effets civils? Oui, car il meurt *integri statûs*. Son état, qui était en suspens par la sentence, est confirmé par sa mort, arrivée dans les cinq ans, comme nous l'avons vu en la section première, il est censé n'avoir jamais perdu l'état civil, et par conséquent son mariage doit avoir les effets civils; les termes de l'ordonnance, *même par sentence rendue par défaut*, doivent être restreints au cas auquel il mourrait après les cinq ans. Cela paraît même par les termes qui suivent, *si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état*, puisque les condamnés par défaut, lorsqu'ils meurent pendant les cinq ans, sont non-seulement remis en leur état civil, mais sont censés ne l'avoir jamais perdu.

Ces termes, *s'ils n'ont été remis au premier état*, etc., font connaître que si le condamné obtient, depuis son mariage, des lettres d'abolition qui lui rendent l'état civil, cette réhabilitation de sa personne réhabilite le mariage qu'il a contracté, lui rend les effets civils, et donne aux enfants qui en sont nés, quoique avant les lettres d'abolition, les droits de parenté légitime, et la capacité de succéder.

Si la personne que le condamné à mort a épousée ignorait l'état de ce condamné, sa bonne foi purgerait-elle le vice de ce mariage et donnerait-elle aux enfants les droits de parenté légitime? Lebrun décide pour l'affirmative (*ibid.*, n° 24), son avis me paraît juste; car, si la bonne foi purge le vice d'un mariage absolument nul, et donne aux enfants qui en sont nés les droits de parenté légitime, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus; cette bonne foi doit, par la même raison, produire le même effet à l'égard d'un mariage qui n'est nul que quant aux effets civils. Il est vrai que, par une raison particulière, ces enfants ne peuvent succéder à celui qui a été condamné; et cette raison est, qu'il est incapable de transmettre sa succession mais il pourrait succéder et à l'autre conjoint, et à tous leurs parents, même à ceux du côté du condamné, ainsi que cela a été jugé (arrêt 6 juillet 1637) à l'égard des enfants du sieur de La Rocheboisseau, nés du mariage par lui contracté depuis sa condamnation[2]. Lebrun (liv. 1, ch. 2, sect. 3, n° 26) rapporte ce fait d'après Henrys (liv. 6, ch. 1, quest. 6).

---

[1] *V.* art. 25, C. civ. : « *Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.* » ci-dessus, p. 11, note 1.

[2] Nous croyons en effet l'art. 202, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 18, note 1) applicable à ce cas; en conséquence les enfants seront réputés légitimes, ils succéderont à celui de leur père ou mère qui avait la vie civile, ainsi qu'à tous

L'ordonnance ne parle que du mariage que le condamné a contracté depuis sa condamnation ; la condamnation ne dissout pas celui qu'il a contracté auparavant; et je pense que les enfants qui en naissent, quoique depuis la condamnation, ont les droits de parenté civile, non pour succéder au condamné, qui est incapable de transmettre sa succession, mais pour succéder à ses autres parents [1].

Il est évident que les conjonctions entre personnes qui n'ont contracté aucun mariage ensemble, telles que sont le concubinage, la fornication, ne sont pas des conjonctions légitimes; mais le vice de ces conjonctions peut être purgé par un mariage légitime que les personnes contractent par la suite ensemble; c'est ce qui s'appelle *légitimation par mariage subséquent.*

§ V. *De la légitimation par mariage subséquent.*

Cette espèce de légitimation tire son origine d'une constitution de Constantin, abrogée par Zénon, L. 5, Cod. *de Natur. lib.*, renouvelée par Justinien, *legib.* 10 et 11 ; Cod. *eod. tit.*, et beaucoup augmentée par la *Novelle* 18, *cap. ult.* et par la *Novelle* 78, cap. 4 du même empereur [2].

Sur cette légitimation, il y a quatre questions principales :—1° Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent?—2° Quel mariage peut purger ce vice?—3° S'il faut pour cela un instrument et des conventions de mariage?—4° Quel est l'effet de cette légitimation ?

Question Ire. — *Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent?*

La légitimation a été inventée pour légitimer les enfants nés *ex concubinatu.* Ce *concubinatus* était un vrai mariage naturel auquel il ne manquait que les effets civils, et qui était permis par les lois, *per leges nomen assumpsit*, L. 3, § 1er, ff. *de Concubin.*

Quoique par nos mœurs le concubinage soit très différent, qu'il ne soit point un vrai mariage, mais une conjonction illicite, néanmoins le vice de cette conjonction peut être purgé par le mariage subséquent, et les enfants qui en sont nés rendus légitimes.

---

les parents de ce côté : ils ne succéderont pas au mort civilement, par la raison qu'en donne Pothier, l'incapacité de transmettre.

Mais ces enfants succéderont-ils aux membres de la famille à laquelle appartenait autrefois le mort civilement? Nous ne le pensons pas. Un enfant ne se rattache à son aïeul que par son père; or, si celui-ci n'a plus de relation avec sa famille, s'il n'a plus de parents, comment pourrait-il être le moyen terme de la relation du petit-fils avec l'aïeul : la chaîne est rompue, il manque un anneau; l'intervalle est infranchissable.

[1] *V.* art. 25, C. civ.: «*Le mariage qu'il « avait contracté précédemment est « dissous, quant à tous ses effets ci- « vils.* » Donc les enfants conçus depuis la mort civile encourue, ne sont point légitimés. *V.* ci-dessus, p. 11, note 2.

[2] *V.* art. 331, 332, et 333, C. civ.

Art. 331 : « Les enfants nés hors « mariage, autres que ceux nés d'un « commerce incestueux ou adultérin, « pourront être légitimés par le ma- « riage subséquent de leurs père et « mère, lorsque ceux-ci les auront lé- « galement reconnus avant leur ma- « riage, ou qu'ils les reconnaîtront « dans l'acte même de célébration.»

Art. 332 : « La légitimation peut « avoir lieu, même en faveur des en- « fants décédés qui ont laissé des des- « cendants; et, dans ce cas, elle profite « à ces descendants. »

Art. 333 : « Les enfants légitimés « par le mariage subséquent auront « les mêmes droits que s'ils étaient « nés de ce mariage. »

Il en est de même d'une simple conjonction passagère d'un homme avec une fille ; s'il l'épouse par la suite, le mariage purgera le vice de cette conjonction ; et rendra légitime l'enfant qui en est né ; s'il y avait une parenté collatérale entre le garçon et la fille, qui ont habitude ensemble, le mariage célébré par la suite entre ces personnes légitimera-t-il les enfants nés de cette habitude ? La raison de douter est que cette conjonction est entachée d'un vice d'inceste, qui la rend plus criminelle ; néanmoins il faut décider que les enfants sont légitimés : la dispense obtenue depuis a un effet rétroactif qui purge ce vice d'inceste[1].

Le vice d'une conjonction adultérine ne peut être purgé ; les enfants qui en sont nés ne peuvent être légitimés par un mariage subséquent. C'est la disposition du chap. *Tanta est vis.* §. *Qui filii sunt legitimi,* que nous suivons. *Finge :* un homme marié a eu, pendant son mariage, une habitude avec une fille, et de ce mariage est né un enfant, le mariage qu'il contractera par la suite avec cette fille, après la mort de sa femme, ne pourra légitimer cet enfant, parce que le vice d'une conjonction adultérine est trop considérable pour pouvoir être purgé.

Si j'ai eu pendant mon mariage habitude avec une fille, et que l'enfant conçu de cette habitude ne soit né que depuis la mort de ma femme, cet enfant pourra-t-il être légitimé par le mariage que je contracterai avec cette fille ? Non, car, quoique ma femme soit morte avant la naissance de cet enfant, la conjonction dont il est procréé n'en est pas moins une conjonction adultérine ; je n'en aurais pas proposé la question, si je n'avais vu que Lebrun est d'avis contraire (liv. 1, ch. 2, sect. 1, dist. 1, n° 8). Il cite les lois 18 et 19, ff. *de Stat. homi.*, qui n'ont aucune application. Ces lois décident qu'un enfant naît libre si sa mère était libre, soit au temps de la conception, soit au temps de sa naissance, parce que la condition de sa mère, dont dépend la sienne, pouvant être considérée en ces différents temps, doit être considérée dans le temps le plus favorable pour l'enfant ; mais le vice d'adultère, qui rend l'enfant qui en est provenu adultérin, ne peut être considéré que dans le temps que l'adultère se commet, dans le temps de la conjonction, le temps de la naissance de l'enfant est indifférent à cet égard.

Par cette même raison, quoique l'enfant que j'ai eu d'une habitude avec une fille soit né pendant mon mariage avec une autre femme, il ne sera pas adultérin si la conjonction dont il a été procréé a précédé le mariage ; car la conjonction n'a pas été adultérine, et par conséquent il pourra être légitimé par le mariage que je contracterai avec sa mère après la mort de ma femme.

Si la personne dont j'ai eu un enfant était mariée, mais avait une juste cause de croire que son mari n'était plus, ayant eu des certificats de sa mort, l'enfant pourrait-il être légitimé par le mariage que je contracterais avec elle après la mort de son mari ? Je le pense ; car cette conjonction n'est pas adultérine. *Adulterium sine dolo malo non committitur.* L. 11, § 12 ; L. 12, ff. *ad leg. Jul. de adult.*

QUESTION II. — *Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime ?*

Le mariage qui peut purger le vice d'une conjonction illégitime doit être un

[1] Il est bien difficile d'admettre que la dispense puisse avoir un effet rétroactif, et il nous paraît que le Code est formellement contraire à cette décision. En effet, le mariage est le seul et unique mode de légitimation : or, l'art. 331 dit : « *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin.* » Cette restriction ne peut précisément s'appliquer qu'aux cas où le mariage devient licite avec dispense, et la disposition serait entièrement inutile si le mariage était absolument impossible.

mariage légitime. Un mariage fait *in extremis*, ou tenu secret jusqu'à la mort[1], ou fait après une condamnation capitale, ne peut donc pas avoir cet effet, car ce mariage n'ayant pas lui-même les effets civils, ne peut les communiquer à la conjonction qui le précède.

Si un mariage valable, mais privé seulement des effets civils, ne peut pas avoir l'effet de purger le vice de la conjonction qui le précède, à plus forte raison un mariage absolument nul ne peut avoir cet effet.

Quid, si c'était un mariage nul, à la vérité, mais auquel la bonne foi des contractants donne les effets civils, et légitime les enfants qui en sont procréés, pourra-t-il purger le vice de la conjonction qui le précède? *Finge*, un jeune homme et une fille ont eu commerce ensemble, et de ce commerce est né un enfant: la fille se marie depuis, on répand dans le public que le mari est mort, elle a des certificats de sa mort; dans la bonne foi elle se remarie à ce jeune homme avec qui elle avait eu commerce; le premier mari revient; ce mariage purgera-t-il le vice du commerce que ces personnes ont eu auparavant, et l'enfant né auparavant deviendra-t-il par là légitimé? Non; *nec obstat*, que les enfants nés de ce mariage, quoique nul, sont légitimés à cause de la bonne foi des contractants; cette bonne foi peut bien légitimer les enfants nés de cette conjonction, qui a été faite de bonne foi; mais l'enfant né d'une conjonction précédente, qui n'a pas été faite de bonne foi, ne peut devenir légitime qu'en vertu d'un vrai et valable mariage, qui seul peut purger le vice de cette conjonction; c'est ce qui a été jugé dans l'affaire de Maillard.

QUESTION III. — *S'il est nécessaire que le mariage soit accompagné d'un contrat devant notaire pour opérer la légitimation.*

La Constitution de Constantin et celle de Justinien, requièrent, pour la légitimation des enfants, que le mariage contracté avec leur mère, soit accompagné d'un instrument qui contienne les conventions matrimoniales, *tabulis dotalibus intervenientibus*. Cet instrument était requis pour constater le mariage, afin qu'il n'y eût aucun doute que l'homme avait élevé sa concubine à la dignité de femme légitime, ce qui n'était pas toujours facile à distinguer, *cum uxor et concubina solâ animi affectione differant*. L. 4, ff., *de Concub. junct.*, *Paul. Sentent.*, Tit. 20. Cette raison ne peut avoir d'application dans notre droit français; le mariage n'ayant pas besoin d'être constaté par un contrat de mariage et l'étant beaucoup mieux par la célébration qui se fait en face d'Eglise, et par l'acte de cette célébration inscrit dans les registres de la paroisse. C'est pourquoi il n'est plus douteux aujourd'hui que le contrat de mariage n'est plus nécessaire pour les légimations, quoique quelques anciens arrêts, s'attachant trop scrupuleusement à la lettre du droit romain, l'eussent jugé nécessaire[2].

QUESTION IV. — *Quel est l'effet de cette légitimation, qu'on appelle* per subsequens matrimonium?

La légitimation qu'opère le mariage purge tellement le vice de la conjonction illégitime dont l'enfant a été procréé, qu'elle donne à cet enfant même droit de parenté légitime qu'il aurait s'il fût né du mariage même; il est réputé en être né par anticipation; ce droit de parenté légitime lui communique la noblesse de son père, lui donne le droit de succéder à son père et à sa mère, et à tous ses parents, tant paternels que maternels, et de leur transmettre sa

[1] Dans ces deux cas le mariage serait aujourd'hui valable, et par conséquent, les enfants seraient légitimés.

[2] Il faut la reconnaissance des enfants, soit antérieure, soit dans l'acte même de mariage. (Art. 331, C. civ., dernier paragraphe.) *V.* ci-dessus, p. 21, note 2.

succession; enfin généralement tous les droits attachés à la parenté légitime comme le droit de retrait lignager, de manière qu'il n'est en rien différent des enfants nés durant le mariage; cela est si vrai, que l'enfant procréé de conjonction illégitime, par le mariage a le droit d'aînesse sur les enfants nés du mariage. L'a-t-il sur les enfants d'un mariage intermédiaire? Dumoulin (art. 13, *Anc. cout. Paris*, gl. 1, n° 35) décide que non; les raisons de cette décision sont sensibles; l'effet de la légitimation par le mariage est de donner à l'enfant né d'une conjonction illicite avant le mariage, les mêmes droits qu'il aurait eus s'il fût né durant le mariage, la fiction de la légitimation consiste à feindre qu'il est né du mariage : or, le mariage que son père a contracté avec sa mère étant le second mariage de son père, il s'ensuit qu'il ne peut être regardé que comme un enfant de son second mariage : or, il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné des enfants du premier; d'ailleurs la loi, en donnant au mariage la vertu de purger les vices de la conjonction qui l'a précédé, et de légitimer l'enfant qui en est né, n'a entendu préjudicier aux droits de personne; la loi n'accorde point ses grâces aux dépens d'autrui; elle ne préjudicie point aux enfants qui naîtront de ce mariage, parce qu'ils n'existent pas encore; ils ne sont pas capables de recevoir aucun préjudice, et que d'ailleurs c'est aux enfants nés avant le mariage qu'ils sont redevables du mariage qui leur a procuré la naissance, *gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficiis ipsi sunt justi filii*. L. 10, Cod. *de Natur. liber.* Mais si l'enfant légitimé par le second mariage, avait le droit d'aînesse sur les enfants du mariage intermédiaire, cette légitimation se ferait au préjudice du droit acquis à l'aîné du premier mariage; elle le dépouillerait du droit d'aînesse, du premier rang dans la famille de son père, dont il se trouve en possession, ce qui résiste à tous les principes[1].

Il n'y a aucun inconvénient que l'aîné du premier mariage soit l'aîné d'un frère plus âgé que lui : car, par rapport aux droits de famille, on ne doit compter ses années que du jour qu'il est entré en la famille, et par conséquent seulement du mariage de sa mère; Lebrun (liv. 1, ch. 2, sect. 1, dist. 1, n° 22) est d'un avis contraire à celui de Dumoulin; mais il se fonde sur des raisons si futiles, qu'elles ne méritent pas de réponse.

L'effet qu'a le mariage de purger le vice de la conjonction illégitime que l'homme a eue auparavant avec sa femme, ne se borne pas seulement aux enfants qui en ont été procréés; elle s'étend à leur postérité légitime; c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfants légitimes, et qu'ensuite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle en purgeant le vice de la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfants qu'il a laissés le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auraient point eu sans cela[2].

§ VI. *De la légitimation par lettres*[3].

La légitimation par Lettres-Patentes du Roi, ne donne aux bâtards que le droit de porter le nom de leur père, et de porter les armes de sa maison avec une brisure de gauche à droite, mais elle ne donne pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parents légitimes; les Lettres de légitimation avec la *clause de succéder* ne sont plus d'usage.

---

[1] Cette doctrine est reproduite par l'art. 333, C. civ. : « *auront les mêmes « droits que s'ils étaient nés de ce mariage.* » *V.* ci-dessus, p. 21, note 2.

[2] *V.* art. 332, C. civ., ci-dessus, p. 21, note 2.

[3] Nos lois nouvelles n'admettent point ce mode de légitimation.

ART. IV. — Des causes qui peuvent exclure un parent du droit de succéder.

Nous ne parlons pas en cet article de la vie civile, dont il a été parlé en l'article second, mais des causes qui, sans donner atteinte à l'état civil d'un parent, le privent du droit de succéder.

Ces causes sont *l'exhérédation, l'indignité, la renonciation au droit de succéder;* en certaines coutumes les *filles dotées* sont exclues de succéder.

§ I. *De l'exhérédation.*

L'*exhérédation*[1] est un acte par lequel une personne exclut de sa succession, pour une juste raison, quelqu'un de ses enfants ou autres parents.

Quoiqu'il n'y ait que la loi, par notre droit coutumier, qui fasse les héritiers, et qu'elle les fasse indépendamment de la volonté du défunt, elle lui laisse néanmoins la faculté d'exclure de sa succession ceux qui s'en sont rendus indignes, et elle ne fait point héritiers ceux qui, par un juste jugement du défunt, ont été exhérédés.

Il y a six principales questions touchant l'exhérédation.— 1° Qui peut-on exhéréder, et pour quelles causes ?—2° Comment se fait l'exhérédation ?—3° A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation ?— 4° Quels en sont les effets ? — 5° Si elle s'étend aux enfants de l'exhérédé ? — 6° Quand est-elle censée révoquée ?

QUESTION I[re]. — *Qui peut-on exhéréder, et pour quelles causes?*

Quelque droit qu'aient par la nature nos enfants à notre succession, néanmoins nous pouvons les exclure par l'exhérédation.

L'ancien droit romain donnait, à cet égard, aux pères une puissance absolue; ils pouvaient exhéréder leurs enfants sans rendre aucune raison de leur volonté, qui seule suffisait pour l'exhérédation.

Ce droit avait été tempéré par la loi *Glicia*, dont nous ne savons pas l'époque, qui avait accordé aux enfants exhérédés sans sujet, la querelle d'inofficiosité contre le testament de leur père; le préteur présumait que le testateur qui exhérédait ses enfants sans sujet, n'avait pas l'usage de la raison nécessaire pour tester, et sur ce prétexte, cassait son testament, *quasi furor sit proprio sanguini succensere.*

Notre droit n'a point laissé aux parents cette liberté d'exhéréder leurs enfants; il la leur accorde seulement pour quatorze causes très graves, qui sont exprimées par la *Novelle* 115, cap. 3, savoir :

1° Si un enfant a porté la main sur ses père et mère. *Si parentibus suis impias manus intulerit.*

2° A plus forte raison s'il a attenté à leur vie par le poison ou autrement. *Si vitæ parentum per venenum aut alio modo insidiatus fuerit.*

3° S'il a été leur dénonciateur de quelque crime. *Si in criminalibus causis accusaverit.*—La Novelle en excepte le crime de lèse-majesté; car il est permis aux enfants d'être en ce cas dénonciateurs de leur père, leur patrie devant leur être plus chère que lui. *Major esse debet pietas ergà patriam quàm erga parentes.*

4° Si par ses délations il les a fait condamner à de grosses amendes. *Si per suam delationem gravia dispendia eos fecerit sustinere.*

5° S'il a commis envers eux quelque injure atroce, *si gravem et inhonestam eis injuriam fecerit.*

6° S'il a eu l'habitude charnelle avec sa belle-mère, *si novercæ suæ aut*

[1] Notre Code n'autorise point l'exhérédation.

concubinæ patris filius se immiscuerit. Notre droit français ne reconnaît pas de concubines.

7° S'il a empêché ses père et mère de tester.

8° S'il n'a voulu être leur caution pour les faire sortir de prison étant en état de le faire. Justinien veut que ce refus ne soit cause d'exhérédation qu'à l'égard des garçons. Les filles, dans notre droit, étant également capables d'être caution, il semble qu'il n'y a aucune différence à faire.

9° Si un père ou une mère ayant été fait captif par les Algériens ou autres, l'enfant ayant le moyen, a refusé de payer sa rançon. *Si liberi non festinaverint eum redimere.*

10° Si un père ou une mère étant tombé en démence ses enfants n'ont pas eu soin de lui pendant qu'il était en cet état, il peut, pour cette raison, s'il revient en son bon sens, les exhéréder. *Si furiosus fuerit et ejus liberi curam competentem ei non præbuerint.*

11° Si un enfant s'est associé à des malfaiteurs, comme s'il a été arrêté avec des voleurs ou des vagabonds. *Si cum maleficis hominibus sese sociaverit ut maleficia faceret.*

12° S'il est gladiateur ou bateleur, à moins que le père ne fût de la même profession. *Si præter voluntatem patris inter asenarios vel mimos sese sociaverit et in hac professione permanserit, nisi pater ejusdem professionis fuerit.*

13° Si une fille, que ses parents ont voulu marier et doter, a préféré de mener une vie débauchée. *Si volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare et dotem, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam degere elegerit.* Que si les parents ont différé de la marier jusqu'à vingt-cinq ans, Justinien veut qu'elle ne puisse être exhérédée pour forfait à son honneur, parce que c'est la faute de ses parents de ne l'avoir pas mariée.—Selon nos mœurs, je ne crois pas qu'une fille pût être exhérédée pour s'être laissée séduire une ou deux fois, mais seulement dans le cas auquel elle se serait prostituée publiquement, et aurait fait le métier de courtisane et qu'on ne doit pas distinguer si les parents ont voulu la marier ou non.

14° C'était une cause d'exhérédation, si l'enfant d'un catholique se faisait hérétique. Comme il n'y a plus en France qu'une seule religion, cette dernière exhérédation ne peut parmi nous avoir d'application.

Nos ordonnances ont ajouté une autre cause d'exhérédation contre les enfants qui se marient sans le consentement de leurs père et mère. Une fille qui, avant l'âge de vingt-cinq ans, un garçon qui, avant l'âge de trente ans, se marient sans le consentement de leurs père et mère, sont sujets à la peine de l'exhérédation. Après cet âge, ils peuvent se marier, malgré leurs père et mère, pourvu qu'ils aient requis leur consentement par des sommations respectueuses faites en présence de notaire, qui leur en donne acte, faute de quoi, ils seraient pareillement sujets à la peine de l'exhérédation. Voyez l'ordonnance de Henri II de 1556; celle de Blois, art. 41; la déclaration de 1639.

C'est une question sur laquelle se sont partagés les interprètes, si un père et une mère peuvent exhéréder leurs enfants pour d'autres causes que celles exprimées par la novelle 115, cap. 3, lorsque ces causes sont également *graves* que celles qui y sont exprimées; *putà*, si un fils n'a pas attenté lui-même à la vie de son père ou de sa mère; mais si, ayant su qu'un autre y attentait, il ne le leur ait pas découvert, et les ait mis, par ce silence affecté, en danger de leur vie, on doit décider la même chose : c'est le sentiment de plusieurs bons auteurs.

Quoique l'exhérédation s'emploie plus communément contre les enfants, elle peut, à plus forte raison, être employée contre les collatéraux, lorsqu'ils se sont rendus indignes de la succession du défunt, soit en attentant à sa vie, soit en lui faisant quelque injure atroce; cette exhérédation est nécessaire pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritiers, la portion des propres que les coutumes affectent à l'héritier, et qu'on appelle *légitime coutumière.*

De ce que nous avons dit, que l'exhérédation ne peut être faite que pour de justes causes, il suit que, par notre droit, les posthumes ne peuvent être exhérédés, puisque n'étant pas encore nés, ils n'ont pu rien faire qui méritât l'exhérédation.

QUESTION II. — *Comment se doit faire l'exhérédation?*

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvait se faire que par le testament, suivant cette maxime, *hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest.*

Notre droit n'ayant pas prescrit de forme pour l'exhérédation, elle peut se faire, non-seulement par testament, mais par un simple acte par devant notaire, par lequel un père déclare que *pour telle raison il exhérède un tel;* Ricard en rapporte des arrêts, et atteste que tel est l'usage, part. 3, chap. 8, sect. 4, n° 971. Il veut pourtant que cet acte soit un acte authentique : *Ibid.*, n° 942. Cette exhérédation doit être expresse, c'est-à-dire qu'elle doit se faire en termes clairs et formels. Elle doit contenir l'expression de la cause pour laquelle l'exhérédation est faite. *V.* La novelle 115, cap. 3.

Celui qui exhérède quelqu'un de ses enfants ou autres parents, peut apporter quelque modification à l'exhérédation, en laissant à l'exhérédé une pension alimentaire, ou quelque effet de la succession.

QUESTION III. — *A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation?*

Par la constitution de Constantin, qui est en la loi 28, Cod. *de Inoff. testam.*, c'était à l'enfant exhérédé à prouver l'injustice de l'exhérédation pour réussir en la querelle d'inofficiosité. *Liberi quærelam contra testamentum paternum moventes probationem debent præstare quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuerint.* La novelle de Justinien 115, ch. 3, *ppio* et *in fine*, a changé cette disposition. En même temps qu'elle ordonne que les causes de l'exhérédation seront exprimées par l'acte d'exhérédation, elle charge aussi l'héritier de prouver la vérité au moins de l'une des causes qui ont été exprimées. Cette disposition de la novelle est adoptée par nos usages, ainsi que l'atteste Ricard, *loco citato.*

QUESTION IV. — *Quels sont les effets de l'exhérédation?*

L'effet de l'exhérédation est de priver l'enfant ou autre parent exhérédé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé; mais l'exhérédation ne s'étend pas jusqu'à dépouiller la personne de l'exhérédé des autres droits de famille.

L'exhérédé étant privé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé, il ne peut pas, s'il est l'aîné de ses enfants, prétendre le droit d'aînesse dans les biens de sa succession; car, ce droit d'aînesse ne peut être prétendu qu'à titre d'héritier, et l'exhérédation le dépouille de ce titre, donc il ne peut prétendre exercer ce droit dans les biens de la succession du défunt.

L'enfant exhérédé par son père peut-il prétendre douaire dans les biens de son père? La raison de douter est qu'on est douairier sans être héritier : la raison de décider qu'il ne le peut prétendre, est que l'exhérédation l'exclut généralement des biens de son père; elle l'exclut d'y succéder à titre de douairier aussi bien qu'à titre d'héritier : le douaire est une espèce de légitime que la loi municipale ou celle du contrat de mariage accorde aux enfants dans les biens de leur père; mais un exhérédé ne doit point avoir de légitime. L'exhérédation de la mère ne prive point l'exhérédé du douaire; car les biens dans lesquels l'enfant prend son douaire, sont les biens du père; la mère n'en a que l'usufruit, comme douairière; la mère, en exhérédant son fils, ne peut l'exclure que de ses biens.

L'exhérédation ne prive pas l'exhédéré des biens substitués que le défunt, par qui il a été exhédéré, était chargé de lui restituer après sa mort; car il ne les tient pas de celui par qui il a été exhérédé, et qui a été chargé de les

lui restituer; il les tient de l'auteur de la substitution. La restitution de ces biens est une dette du défunt envers cet exhérédé; l'exhérédation dépouille bien l'exhédéré du droit de succéder au défunt, mais non pas des créances qu'il a contre le défunt. L'exhérédation n'ôtant à l'exhérédé que le droit de succéder au défunt par qui il a été exhérédé, et non pas les autres droits de famille, il s'ensuit qu'il peut succéder à ses autres parents, même à ceux du côté de celui qui l'a exhérédé.

L'enfant exhérédé peut succéder à ses frères et sœurs, quoiqu'il trouve dans leur succession les biens de ses père et mère, par qui il a été exhérédé; l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder directement à ses père et mère qui l'ont exhérédé, et n'empêche point qu'il ne puisse en profiter indirectement, et du chef d'autres personnes dont il devient par la suite héritier.

L'exhérédation ne faisant pas perdre les droits de famille, il paraît s'ensuivre que, si un enfant, aîné de la famille, est exhérédé, il ne perd pas pour cela les droits d'être le chef de sa famille, et d'avoir, en cette qualité, le dépôt des titres de famille, et des portraits de ses ancêtres, à moins que l'ignominie de l'état qu'il aurait embrassé ne le fît juger indigne de cet honneur.

Les droits de sépulture sont des droits de famille, que l'exhérédation ne fait point perdre. L. 6, ff. *de Relig. vide L.* 5, ff. *eodem.*

QUESTION V.—*Si l'effet de l'exhérédation s'étend aux enfants de l'exhérédé?*

L'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhérédé; la raison est tirée de ce principe de droit, *nullum patris delictum innocenti filio pœna est.*

D'où il suit que l'exhérédation, qui est la peine de la faute commise par l'exhérédé, ne doit pas être étendue aux enfants de cet exhérédé, qui, n'étant point coupables de la faute de leur père, n'en doivent pas porter la peine.

Quelques auteurs en exceptent le cas auquel un enfant aurait été exhérédé pour s'être marié sans requérir le consentement de ses père et mère, et ils prétendent qu'en ce cas l'exhérédation de cet enfant s'étend aux enfants nés de ce mariage, parce qu'ils sont nés du mariage qui a donné la cause à l'exhérédation. D'autres pensent que, même en ce cas, l'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhérédé, parce que le mariage étant valable, les enfants ayant le droit de parenté légitime avec leur aïeul, et par conséquent le droit de lui succéder, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur père.

QUESTION VI. — *Quand l'exhérédation est-elle censée révoquée?*

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvait être révoquée que par un testament qui révoquât celui dans lequel elle était contenue; cela résultait des principes du droit romain, qu'un testament ne peut être révoqué que par un autre testament, et qu'on ne peut disposer de son hérédité, la donner ou ôter que par un testament; *testamentum rumpitur per aliud testamentum æquè perfectum, hæreditas nec dari, nec adimi potest nisi testamento :* ces principes ne sont pas admis parmi nous; c'est pourquoi l'exhérédation peut être révoquée par la seule et nue volonté de celui qui l'a faite.

Si celui qui l'a faite déclare ensuite, par son testament, ou par quelque autre acte, qu'il pardonne à son fils, cet acte vaut une révocation d'exhérédation.

Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un acte par écrit. Il suffit que l'exhérédé puisse prouver que celui qui l'a faite a donné des marques de réconciliation, *putà* qu'il l'a logé chez lui, qu'il a souffert qu'il lui rendît de fré-

quentes visites. L'injure est tellement présumée pardonnée, qu'on n'ajouterait pas foi à la déclaration que ferait par la suite le père par son testament, qu'en recevant son fils chez lui, il n'a pas entendu révoquer l'exhérédation. Si un fils, depuis l'exhérédation, avait rendu quelque service signalé à son père, comme s'il lui avait sauvé la vie aux dépens de la sienne, l'exhérédation doit être présumée révoquée; l'importance du service est une réparation qui doit effacer l'offense qui donne lieu à l'exhérédation.

§ II. *De l'indignité.*

Un enfant ou autre parent peut perdre le droit de succéder à son père, sa mère ou autre parent, par son indignité [1].

Les mêmes causes pour lesquelles j'aurais pu être exhérédé par quelqu'un de mes parents, si elles fussent venues à sa connaissance, et qu'il eût eu le temps de faire cette exhérédation, me rendent indigne de sa succession, si elles ne sont pas venues à sa connaissance, ou s'il n'a pas eu un temps suffisant.

Que s'il s'est passé un temps considérable depuis qu'il en a eu la connaissance, sans qu'il m'ait exhérédé, son silence doit passer pour une remise de l'offense que j'ai commise, laquelle étant éteinte par le pardon présumé du défunt, il ne subsiste plus en ma personne aucune cause d'indignité qui puisse m'exclure de sa succession [2]. Lebrun, liv. 3, chap. 9, n° 15.

La principale cause qui rend un parent indigne de la succession de son parent, c'est lorsqu'il est coupable de sa mort; car son crime ne doit pas lui procurer l'avantage d'une succession. Cette décision doit avoir lieu, quoique l'homicide ait obtenu des lettres d'abolition qu'il ait fait entériner.

Elle a pareillement lieu, quoiqu'il n'ait été fait aucune poursuite contre lui pendant le temps de vingt années, par lequel les crimes se prescrivent, car les lettres d'abolition, ainsi que la prescription, mettent bien le criminel à couvert de la peine publique, mais ne purgent pas le vice d'indignité, qui, ayant été une fois encouru, subsiste toujours [3].

L'homicide ne doit rendre indigne de la succession de l'homicidé, celui qui l'a commis, que lorsqu'il a été commis par sa faute; que s'il a été commis par un cas fortuit, ou par la nécessité d'une juste défense, il n'en doit résulter aucune indignité; car l'indignité est une peine, et il ne doit point y avoir de peine où il n'y a point de faute; c'est pourquoi si un enfant a tué quelqu'un de ses parents, cela ne doit par le rendre indigne de sa succession, *cum nulla sit infantis voluntas, cum infans culpæ capax non sit.*

Lebrun (*ibid.*, n° 10) prétend que l'indignité de l'homicide descend à ses enfants, et il en rapporte quelques arrêts, ce qui me paraît souffrir quelque difficulté, les enfants ne devant pas être punis pour la faute du père [4].

---

[1] *V.* art. 727, C. civ.

Art. 727 : « Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des « successions : — 1° Celui qui serait « condamné pour avoir donné ou tenté « de donner la mort au défunt; — 2° « Celui qui a porté contre le défunt « une accusation capitale jugée calomnieuse ; — 3° L'héritier majeur qui, « instruit du meurtre du défunt, ne « l'aura pas dénoncé à la justice.

[2] Il ne peut pas dépendre du *de cujus* de faire disparaître la cause d'indignité en pardonnant.

[3] Le Code exige qu'il y ait eu *condamnation.*

[4] C'est aussi ce que décide l'art. 730, C. civ. : *les enfants ne sont pas exclus pour la faute de leur père.*

Art. 730 : « Les enfants de l'indigne, « venant à la succession de leur chef, « et sans le secours de la représentation, *ne sont pas exclus pour la faute* « *de leur père*; mais celui-ci ne peut, « en aucun cas, réclamer, sur les biens « de cette succession, l'usufruit que la « loi accorde aux pères et mères sur « les biens de leurs enfants. »

C'était une clause d'indignité par le droit romain, si l'héritier n'avait pas vengé la mort du défunt; mais je ne pense pas qu'elle le soit parmi nous, le soin de la vengeance du défunt étant, selon nos usages, remis au ministère public plutôt qu'aux héritiers [1].

C'était une cause d'indignité par le droit romain, si l'héritier avait disposé de la succession future de son parent avant sa mort. L. 2, §, *fin. ff. de His qui ut indigni.* L. 29, § 2 et L. 30, ff. *de Donat.* J'aurais de la peine à croire que c'en fût une parmi nous; il suffit que la convention soit nulle, comme contraire aux bonnes mœurs.—Il y a plusieurs autres causes d'indignité dans le droit romain qui ne sont point reçues par nos usages.

L'indignité n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée : c'est pourquoi, par le droit romain, l'indigne acquérait l'hérédité; mais le fisc l'en dépouillait lorsqu'il en avait été déclaré indigne. Parmi nous, ce n'est point le fisc qui profite de l'indignité de l'héritier, mais ce sont les autres parents en degré de succéder avec lui [2].

§ III. *Des renonciations aux successions futures.*

Les renonciations aux successions futures sont contraires au principe, qu'on ne peut répudier un droit qui n'est pas encore ouvert, *quod quis, si velit, habere non potest: id repudiare non potest.*L.174, ff. *de reg. jur.*, etc.; à cet autre principe qui rejette les conventions touchant la succession d'un homme vivant; néanmoins notre jurisprudence a admis ces renonciations dans les contrats de mariage qui, selon nos usages, sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

La raison qui a fait établir ces renonciations a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la succession de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, et soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom [3].

QUESTION I[re]. — *Qui sont ceux qui peuvent faire ces renonciations, et en faveur de qui?*

Ce sont ordinairement les filles qui renoncent, par leur contrat de mariage, moyennant la dot qui leur est constituée, à la succession de leurs père et mère, qui la leur constituent, au profit de leurs frères, ou au profit de leur frère aîné seulement.

Quelquefois aussi les mâles puînés renoncent au profit de leur frère aîné. La même raison de soutenir le nom, en conservant l'intégrité des biens à un seul, se rencontre dans ces renonciations, comme dans celles des filles.

Elles peuvent être faites par des enfants mineurs aussi bien que par des majeurs, et ils ne sont point restituables contre ces renonciations.

C'est contre la fin pour laquelle ces renonciations ont été établies, qu'un enfant mâle renonce au profit des filles, ou même une fille au profit d'une autre fille. C'est pourquoi Lebrun (liv. 3, ch. 8, sect. 1, n[os] 12 et 16) pense que ces renonciations ne doivent point être admises, ou que, si elles le sont, elles ne doivent point avoir les priviléges accordés aux renonciations faites au profit des mâles, et qu'en conséquence elles ne peuvent être faites que par des majeurs, et que du consentement de celui à la succession duquel la renonciation est faite, et qu'elles n'excluent point le renonçant de sa légitime.

---

[1] *V.* art. 727, C. civ., ci-dessus, p. 29, note 1.

[2] Il en est de même aujourd'hui, et les parents qui doivent recueillir cette succession, auraient seuls qualité pour faire prononcer l'indignité.

[3] *V.* art. 791, C. civ.

Art. 791 : « On ne peut, même par « contrat de mariage, renoncer à la « succession d'un homme vivant, ni « aliéner les droits éventuels qu'on peut « avoir à cette succession. »

La renonciation des enfants à la succession de leurs père et mère en faveur des collatéraux de leur père ou mère, doit encore moins être admise, étant contre la nature de préférer des collatéraux à ses enfants.

QUESTION II. — *Au profit de quelles personnes la renonciation est-elle présumée faite, lorsque cela n'est pas exprimé?*

Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, a déclaré qu'elle renonçait, au moyen de sa dot, à la succession de son père, sans exprimer au profit de qui elle faisait cette renonciation, elle est censée l'avoir faite au profit de tous ses frères germains, enfants de celui à la succession de qui elle a renoncé.

Sera-t-elle pareillement censée avoir renoncé au profit de ses frères consanguins, que son père a eus d'un précédent ou d'un subséquent mariage. L'article 307 de la coutume de Bourbonnais, dit que la renonciation n'est réputée faite qu'en faveur des frères germains. Hors ces coutumes, comme le motif de ces renonciations, qui est de soutenir la splendeur du nom, se rencontre à l'égard des frères germains, comme à l'égard des frères consanguins, il faut dire que la fille est censée avoir renoncé au profit des uns et des autres.

Lebrun (n° 63) excepte le cas auquel la fille renoncerait avant le second mariage de son père; on peut soutenir en ce cas que cette fille ne devant pas prévoir que son père se remarierait, n'a renoncé qu'en faveur de ses frères du premier mariage, et non pas en faveur de ceux du second, auxquels elle n'a pas pensé.

Lorsque c'est à la succession de sa mère qu'une fille renonce, en ce cas elle n'est présumée renoncer qu'en faveur de ses frères germains, et non pas en faveur de ses frères utérins, que sa mère aurait d'un précédent ou subséquent mariage; car ses frères ne portant pas son nom, étant d'une différente famille, le motif de ces renonciations cesse à leur égard.

Lorsqu'une fille a renoncé au profit d'*un tel*, son frère aîné, il n'est pas douteux que cette renonciation ne peut profiter à un autre par son décès, car la renonciation est restreinte à la personne désignée par son nom.

Quid, si elle a renoncé au profit de son frère aîné sans le nommer autrement? Lebrun (*ibid.*, n° 42) pense que, même en ce cas, elle n'est censée avoir renoncé qu'au profit de celui qui était pour lors l'aîné. J'inclinerais plutôt pour le sentiment de Tiraqueau, sur le *Droit d'aînesse,* quest. 3. n° 6, qui pense qu'elle doit, en ce cas, être présumée avoir renoncé en faveur de celui qui se trouvera l'aîné lors de l'ouverture de la succession. Cette interprétation me paraît plus conforme, et aux termes de la renonciation qui ne désignent aucune *telle personne* au profit de qui la renonciation se fasse, mais en général l'*aîné*, et au motif ordinaire de ces renonciations, qui n'est point fondé sur des affections personnelles, mais sur l'affection générale pour la splendeur du nom qu'on veut maintenir, en conservant par ces renonciations l'intégrité des biens de la famille dans la personne de l'aîné [1].

QUESTION III. — *A quelles successions futures se font ces renonciations?*

Ces renonciations se font à la succession future du père ou de la mère, qui fournit la dot à la fille qui renonce à l'une ou à l'autre succession. Lorsque le père et la mère dotent conjointement, ces renonciations se font, pour l'ordinaire, à l'une et à l'autre succession. On fait quelquefois renoncer les filles aux successions collatérales qui pourraient leur venir de leurs frères et sœurs, neveux et nièces des ascendants desdits père et mère.

Ces renonciations sont en effet, non-seulement pour les biens qui seraient échus auxdits frères et sœurs du père commun, mais généralement pour tous

---

[1] Toutes ces questions ne peuvent s'élever aujourd'hui. *V.* art. 791, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 3.

leurs biens de quelque manière qu'ils les aient acquis ou qu'ils leur soient échus.

La renonciation qu'une fille fait aux successions de ses père et mère, même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, comprend même les successions de ses autres sœurs, qui auraient renoncé comme elle à la succession de ses père et mère.

QUESTION IV. — *Par quel acte et comment se font ces renonciations?*

Ces renonciations se font, ordinairement, par le contrat de mariage de l'enfant, par lequel on lui donne ou promet la dot, au moyen de laquelle elle renonce.

Elles ne se font pas même ailleurs que par le contrat, lorsque l'enfant qui renonce est mineur.

A l'égard des enfants majeurs, ils peuvent renoncer ailleurs que par le contrat de mariage; par exemple, des sœurs majeures peuvent intervenir au contrat de mariage de leur frère aîné, et renoncer en sa faveur, en considération du mariage, aux successions de leurs père et mère, moyennant certaines conditions.

Ces renonciations doivent être expresses, *est majoris momenti quàm ut*, dit d'Argentré, *actibus tacitis colligi ista renunciatio possit.*

C'est pourquoi si un père, mariant son fils et sa fille par un même contrat de mariage, avait donné une certaine somme en dot à sa fille, et fait donation à son fils du surplus de ses biens présents et à venir, la souscription de la fille à ce double contrat et le consentement qu'elle semble avoir donné à cette donation, ne passeront pas pour une renonciation à la succession future de son père, et ne l'excluront point de s'en porter héritière, et de demander, en cette qualité, contre son frère donataire, la portion légitime en sa succession.

De ce que la renonciation doit être expresse, est née la question de savoir, si une renonciation était valable, lorsqu'au lieu de dire *que la fille a renoncé à la succession future*, etc., il est dit qu'*elle a promis d'y renoncer?* La raison de douter est que promettre de faire une chose, n'est pas la faire; d'ou l'on concluait que la promesse de renoncer, n'était pas une renonciation expresse. Néanmoins on a, avec raison, jugé qu'une telle promesse de renoncer, était une renonciation valable. *V.* l'arrêt de Louet (du 14 juillet 1635), lettre R, sommaire 17, nº 6.

La renonciation que fait un enfant, par son contrat de mariage, à la succession future de ses père et mère, ne peut être faite que moyennant une dot qui lui soit fournie par ses père et mère.

Les coutumes sont différentes sur cette dot. Il y en a où la moindre dot suffit: telles sont les coutumes de Touraine et d'Anjou. Il y en a qui veulent qu'elle égale au moins la légitime; telles sont les coutumes de Bourges, de Montargis; notre ancienne coutume d'Orléans en contenait aussi une disposition; telle est aussi la jurisprudence dans le pays de droit écrit.

Dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas, il n'est pas nécessaire que la dot fournie égale la légitime; néanmoins dans ces coutumes, s'il y avait une disproportion très grande entre la dot et la légitime que pourrait espérer la fille, eu égard à la fortune qu'avait le père lors du contrat de mariage, Lebrun (*ibid.*, nº 32) pense que la fille mineure serait restituable contre sa renonciation à la succession future.

Cette dot doit être, ou payée comptant, ou payable dans un court délai. Si un père promettait à sa fille, en la mariant, une dot payable après sa mort, la renonciation faite par la fille à la succession de son père, en conséquence de cette dot, ne serait pas valable; car ces renonciations ne sont pas des donations, elles se font pour un avantage présent que la fille reçoit pour se dédommager de l'espérance de la succession à laquelle elle renonce; n'y ayant point

d'avantage présent lorsque la dot n'est promise qu'après la mort, la renonciation ne peut subsister [1].

Que s'il y avait une partie de la dot payée comptant, ou payable après un bref délai, le terme donné pour le surplus jusqu'à la mort, n'empêcherait pas la validité de la renonciation ; car il y a un avantage présent pour la partie qui est payée comptant.

Lorsque la dot n'est pas fournie par le père et la mère, mais seulement par un des deux, la fille ne peut renoncer qu'à la succession de celui qui a fourni la dot, et non point à celle de l'autre conjoint qui ne l'a point fournie. *Nec obstat*, qu'on a admis la renonciation de la fille, même aux successions de ses frères et sœurs, quoiqu'elle ne reçoive aucune dot d'eux ; car la renonciation à ces successions collatérales, n'est qu'une extension de la renonciation aux successions des père et mère communs, qui suit des biens qui composent ces successions collatérales, au lieu que la succession de l'un des conjoints, est absolument indépendante de celle de l'autre conjoint.

Il reste à observer que, lorsque les renonciations se font par le propre contrat de mariage de l'enfant qui renonce, moyennant une dot, il n'est pas nécessaire que ses frères et sœurs, aux successions desquels on le fait renoncer, ainsi qu'à celle de ses père et mère, interviennent au contrat ; quoique, hors ces cas, l'on ne puisse faire aucune renonciation, ni aucune convention touchant la succession d'une personne, sans qu'elle intervienne et y consente.

QUESTION V. — *Quand s'éteignent ces renonciations aux successions futures?*

Les renonciations aux successions futures, s'éteignent par différentes manières :—1° Par l'inexécution de la promesse de la dot ; c'est pourquoi, si le père ou la mère, à la succession desquels la fille a renoncé en conséquence de la dot qui lui a été promise, sont morts avant que d'avoir achevé de la payer, et après avoir été mis en demeure de le faire, la renonciation à leur succession devient sans effet, *deficiente causâ propter quam facta est.*

La moindre partie de la dot qui resterait à payer, et qu'ils seraient en demeure de payer, ferait manquer la condition de la renonciation, et la rendrait sans effet.

Que si le père qui a promis la dot, n'a point été mis en demeure de la payer par une interpellation judiciaire, sa mort arrivée avant le paiement de la dot, n'éteint point la renonciation de la fille, la condition de la dot, sous laquelle elle a renoncé, n'est point censée avoir manqué, tant qu'il n'a tenu qu'à elle de la recevoir ; et il est censé n'avoir tenu qu'à elle d'être payée, tant qu'on ne lui en a fait aucun refus. *Nec enim ibi intelligitur ulla mora fieri, ubi nulla petitio est.*

A plus forte raison, la renonciation subsiste, si le père, qui a promis la dot, est mort avant l'expiration du terme dans lequel il était convenu de la payer.

Lorsque le père et la mère ont promis une dot, soit conjointement, soit séparément, à une fille qui a renoncé, en conséquence, à la succession de l'un

---

[1] C'est le même esprit qui a dicté l'art. 761, C. civ., relatif aux enfants naturels.

Art. 761 : « Toute réclamation leur « est interdite (aux enfants naturels), « lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur « père ou de leur mère, la moitié de « ce qui leur est attribué par les articles « précédents (art. 757, 758 et 759), avec « déclaration expresse, de la part de leur « père ou mère, que leur intention est « de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. — Dans « le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait « revenir à l'enfant naturel, il ne « pourra réclamer que le supplément « nécessaire pour parfaire cette moitié. »

et de l'autre, la mort de l'un en demeure de payer, éteint la renonciation à sa succession, sans donner atteinte à la renonciation à la succession du survivant, qui paiera la dot par la suite.

Si le père et la mère ont doté conjointement, ou chacun séparément, et qu'en conséquence la fille ait renoncé à la succession de l'un et de l'autre, ou même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, l'inexécution de la promesse de la dot par l'un des deux, éteint en entier les renonciations aux successions collatérales, quand même l'autre conjoint aurait, de son côté, payé la dot par lui promise. La raison en est que le prix de la renonciation à ces successions collatérales, est tant la dot de l'un que celle de l'autre : il suffit donc qu'il y ait eu inexécution par l'un des deux, pour que la condition, sous laquelle la fille a renoncé à ces successions collatérales, n'ait pas été remplie, et pour que cette renonciation soit sans effet.

Il en serait autrement, si le père et la mère avaient en la dotant stipulé, chacun séparément, sa renonciation à leur succession et aux collatérales; en ce cas l'inexécution de la promesse de la dot de la part de l'un des conjoints, ne ferait pas tomber la renonciation de la fille aux successions collatérales de ses frères et sœurs; parce que chacun des conjoints ayant stipulé d'elle séparément cette renonciation, elle y a renoncé pour le prix de la seule dot de chacun des conjoints; l'une ou l'autre dot est le prix de cette renonciation et non pas l'une et l'autre; et par conséquent, il suffit qu'elle ait reçu l'une des deux, pour que sa renonciation soit valable, quoique la promesse de l'autre n'ait pas eu son exécution.

La seconde manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures, est si la personne, à la succession de qui l'enfant a renoncé, meurt dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage et la célébration; car, comme c'est le mariage qui confirme toutes les conventions contenues au contrat, comme il n'y a point encore proprement de dot avant le mariage, *dos sinè matrimonio intelligi non potest*, il s'ensuit que, lors de la mort de cette personne qui a donné ouverture à sa succession, la renonciation que l'enfant aurait faite à sa succession n'ayant point encore reçu sa perfection, n'a pu l'exclure de cette succession, et qu'en conséquence l'enfant a été saisi de la succession, et que la renonciation qu'il a faite est demeurée sans effet. Cette décision est conforme à celle de Dumoulin sur l'art. 305 de Bourbonnais, *mors parentis post tractatum sed ante celebratas nuptias facit deficere exclusionem consuetudinis,....* *V.* un arrêt (du 3 juin 1682) rapporté au *Journal du Palais* (t. 2, p. 340).

Elle a lieu aussi quand même la dot aurait été payée d'avance lors du contrat; car les mêmes raisons subsistent. Elle n'était pas encore dot, tant que le mariage n'était pas accompli, toutes les conventions n'avaient point encore reçu leur perfection; l'enfant ne s'est donc point trouvé exclu lors de l'ouverture de la succession, et par conséquent, il a succédé.

La troisième manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures, est par le décès de ceux au profit de qui la renonciation est faite, pourvu qu'ils prédécèdent sans laisser d'enfants; car leurs enfants les représentent dans ce droit, qui leur est acquis par la renonciation de leur sœur, ce droit étant une dépendance de celui de succéder. Par exemple, si une fille a renoncé, en faveur de ses frères, au droit de succéder aux biens de son père, si tous ses frères sont morts avant le père commun, sans qu'aucun d'eux ait laissé d'enfants, la renonciation n'aura aucun effet; au contraire, elle sera valable si un seul a survécu, ou si un seul a laissé quelques enfants.

Pareillement, si la renonciation a été faite au profit d'*un tel*, son frère aîné, et que ce frère aîné soit prédécédé sans enfants, la renonciation n'aura aucun effet.

Enfin, la quatrième manière dont s'éteint la renonciation, est le rappel,

lorsque celui à la succession future de qui un enfant a renoncé, le rappelle à sa succession.

Ce rappel lève entièrement l'obstacle de la renonciation, et fait admettre l'enfant rappelé à la succession, de la même manière que s'il n'avait pas renoncé.

Ce rappel est une ordonnance de dernière volonté ; d'où il suit :— 1° qu'il est révocable jusqu'à la mort ;—2° qu'il se fait par la seule volonté du père ou de la mère, qui rappelle à sa succession l'enfant qui y avait renoncé, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de la part de cet enfant, ni même qu'il en ait connaissance.

Est-il besoin que le consentement des frères, au profit de qui la renonciation est faite, intervienne ? Non, cela suit encore de ce que nous disons, que le rappel est une ordonnance de dernière volonté ; car il est de la nature des ordonnances de dernière volonté, d'être l'ouvrage de la volonté d'un seul. D'ailleurs, le père qui, par le contrat de mariage de sa fille, la fait renoncer à sa succession, n'ayant pas besoin, pour stipuler cette renonciation, du consentement de ses fils, au profit desquels elle est faite ; il n'en doit pas non plus avoir besoin pour révoquer cette renonciation par le rappel, le droit qui naît au profit des mâles de la renonciation de la fille, ne se confirme que par la mort de la personne, à la succession de qui elle a renoncé ; par conséquent, les mâles n'ayant aucun droit avant la mort, on n'a pas besoin de leur consentement. C'est la disposition de la coutume de Poitou, art. 22, qui, par les raisons ci-dessus rapportées, paraît devoir être suivie dans les coutumes qui n'ont point de dispositions contraires.

Cet acte de rappel n'est ni un legs, ni une donation, mais une simple révocation de la renonciation ; de telle manière que le rappelé succède vraiment à titre d'héritier, *remoto renuntiationis impedimento*.

De là il suit que ce rappel peut se faire non-seulement par testament, mais par quelqu'acte par écrit que ce soit.

Lorsqu'un père, en mariant sa fille, l'a fait renoncer, tant à sa succession qu'aux successions collatérales de ses frères et sœurs, le rappel fait par le père lui rend le droit de succéder, non-seulement à son père, mais même à ses frères et sœurs ; car ce rappel révoque la renonciation à la succession du père, *sublato principali tollitur et accessorium*.

Quid, si la fille a renoncé aux successions de père et mère et collatérales, et qu'elle ait été rappelée seulement par le père, et non par la mère, ce rappel lui donnera-t-il le droit de succéder à ses frères et sœurs ?—On peut peut-être faire ici la même distinction qui a été faite ci-dessus, lorsque nous avons traité de la première manière dont s'éteignent ces renonciations. Si les père et mère ont stipulé, chacun séparément, la renonciation à leurs successions et aux successions collatérales, la renonciation aux successions collatérales étant en ce cas une dépendance de celle du père ou de la mère, il suffit que la renonciation à l'une desdites successions subsiste, pour faire subsister celle aux successions collatérales. Que si, au contraire, la renonciation aux successions collatérales a été stipulée par les père et mère, conjointement à la suite de la renonciation à leur succession, cette renonciation aux successions collatérales ayant en ce cas pour fondement, non celle à chacune des successions du père ou de la mère, mais celle aux successions de l'un et de l'autre, il paraît suffire que la renonciation à la succession de l'un des deux soit révoquée par le rappel, pour entamer la révocation de celles aux successions collatérales.

§ IV. *De l'exclusion de succéder que donnent certaines coutumes aux filles mariées.*

Les coutumes sont différentes sur ce point. A Paris, et à Orléans, les filles mariées, quelque considérable que soit la dot qu'elles aient reçue, ne sont

point pour cela exclues de succéder, elles sont seulement obligées de rapporter la dot à la succession de celui qui la leur a donnée.

Quelques coutumes excluent les filles mariées dotées des successions directes et non des collatérales; d'autres les excluent même des collatérales. Il y en a qui les excluent, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de rose*. La coutume de Normandie exclut les filles mariées de la succession de leur père, quand même elles n'auraient reçu aucune dot.

Dans quelques coutumes, il faut que ce soit le père qui ait marié; dans d'autres, il n'importe. Dans quelques coutumes, comme Tours, Anjou et le Maine, l'exclusion des filles mariées n'a lieu qu'à l'égard des nobles.

Dans d'autres, comme Bourbonnais, elle a lieu indistinctement à l'égard de toutes personnes.

Ces exclusions n'ayant pas lieu, comme nous avons dit, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, auxquelles nous nous attachons particulièrement, nous traiterons très sommairement cette matière, et nous nous contenterons d'observer :

1° Que, pour que cette exclusion ait lieu, il faut que la fille ait été mariée avant l'ouverture de la succession; il ne suffirait pas qu'elle eût été fiancée, que le contrat contenant les conventions de mariage eût été passé, car ce n'est que le contrat de mariage qui l'exclut;

2° Dans les coutumes qui requièrent qu'elles soient dotées, il faut que la fille se trouve avoir reçu sa dot avant la succession ouverte, si ce n'est dans celles qui déclarent expressément qu'il suffit qu'elle ait été promise;

3° Cette renonciation a lieu, et à l'égard de la fille qui l'a faite, et à l'égard de tous ses descendants qui viendront par représentation d'elle;

4° Cette exclusion est au profit des mâles, frères desdites filles mariées; c'est pourquoi cette exclusion cesse, s'il ne se trouve, lors de l'ouverture de la succession, aucun mâle, ni représentation de mâle, qui veuille l'accepter;

5° Cette exclusion n'a pas lieu, si la fille mariée a été réservée, par le contrat de mariage, à la succession de ses père et mère;

6° Quoique la fille n'ait pas été réservée à la succession de ses père et mère, elle peut y être rappelée, et ce rappel lui rend le droit de succéder; ce rappel a cela de moins que la réserve, que celle-ci est irrévocable, au lieu que le rappel est révocable.

Il y a des coutumes qui ne permettent ce rappel que du consentement des frères, qui y ont intérêt[1].

SECT. III. — Des choses auxquelles on peut succéder.

On distingue parmi les choses auxquelles on succède, les meubles des immeubles; car il y a certains héritiers qui succèdent aux meubles, et non aux immeubles.

On distingue aussi entre les immeubles; les acquêts des propres; et entre les propres, on distingue aussi ceux des différentes lignes[2].

Nous avons vu au *Traité de la division des biens*, quels biens étaient meubles, et quels biens étaient immeubles, quels immeubles étaient acquêts, et quels immeubles étaient propres. Nous y renvoyons.—Nous verrons dans le chapitre suivant, quelles sont les personnes qui succèdent aux acquêts, quelles sont les personnes qui succèdent aux propres.

---

[1] Les lois nouvelles ont complétement changé le droit à cet égard.

[2] *V.* art. 732, C. civ.

Art. 732 : « La loi ne considère ni la « nature ni l'origine des biens pour en « régler la succession. »

CHAPITRE II.

De l'ordre de succéder.

Nos lois ont gardé un ordre entre les parents, pour leur déférer la succession de leurs parents.

Elles défèrent la succession d'un défunt, premièrement, à ses enfants et descendants, préférablement à tous les parents de la ligne ascendante, et à tous les collatéraux.

A défaut d'enfants, elles appellent les parents de la ligne ascendante, quelquefois préférablement à tous ceux de la ligne collatérale, quelquefois concurremment avec certains collatéraux; quelquefois elles préfèrent certains collatéraux aux ascendants [1].

SECT. Ire.—De la succession de la ligne descendante du défunt.

Par la loi de la nature, dont nos coutumes ne se sont point écartées, les enfants d'un défunt sont appelés à sa succession, préférablement à tous les autres parents.

La loi appelant à la succession d'un défunt ses descendants, observe entre eux la priorité du degré, et elle y appelle le fils ou la fille d'un défunt, avant les enfants ou autres descendants de ce fils ou de cette fille. Pareillement, à défaut du fils, le petit-fils y est appelé avant ses enfants, qui sont les arrière-petits-enfants du défunt, etc. Les enfants d'un fils ou d'une fille du défunt, sont, à la vérité, exclus de la succession par leur père ou mère, lorsque leur père ou mère se trouve, lors de l'ouverture de la succession, occuper son degré; mais lorsque leur père ou leur mère ne l'occupe pas, ces enfants ne sont point exclus par les autres fils ou filles du défunt, parce que la loi les fait entrer dans le degré qu'avait occupé leur père ou leur mère, lequel se trouve vacant, et les rapproche, par ce moyen, au même degré des autres fils ou filles du défunt; c'est ce qui s'appelle *le droit de représentation*, dont nous parlerons dans le premier article de la première section.

Tous les enfants qui sont au même degré, soit de leur chef, soit par le bénéfice de la représentation, sont appelés ensemble à la succession du défunt.

Il faut en excepter un petit nombre de coutumes, qui défèrent la succession entière d'un défunt à son fils aîné, à la charge par lui de départir une certaine portion des biens à ses puînés; telle est, par exemple, la coutume de Ponthieu.

Quoique, dans les autres coutumes, tous les enfants soient ensemble appelés à la succession du défunt; néanmoins la plupart des coutumes accordent dans la succession certains avantages à l'aîné [2]. Nous en parlerons dans l'article second.

---

[1] *V.* art. 731, C. civ.

Art. 731 : « Les successions sont déférées aux enfants et descendants du « défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et « suivant les règles déterminés par « la loi. »

[2] *V.* art. 745, C. civ.

Art. 745 : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et « mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants sans distinction de sexe ni « de primogéniture, et encore qu'ils « soient issus de différents mariages.

ART. Ier. — Du droit de représentation en ligne directe.

Le *droit de représentation*, à l'effet de succéder, peut être défini : une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père ou mère, lorsqu'il se trouve vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt [1].

Ce droit de représentation, dans la ligne directe descendante, a toujours été en usage chez les Romains. Il paraît qu'il n'avait pas lieu autrefois dans les provinces septentrionales du royaume, et même qu'il n'a commencé à avoir lieu à Orléans, que lors de la rédaction de la coutume, qui fut faite en 1509, ce qui résulte de l'article 244 de notre ancienne coutume : *En ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit accordée ou non par les père et mère.* Lesquels termes *aura lieu*, donnent à entendre qu'ils établissent un droit nouveau, et qu'auparavant la représentation n'avait lieu, que lorsqu'elle était accordée par les père et mère. La représentation n'a commencé pareillement à avoir lieu à Paris, que lors de la rédaction de cette coutume en 1510.

Enfin, la représentation a été universellement reçue, à l'exception de quatre coutumes, Ponthieu, Boulonnais, Artois et le Hainaut, qui la rejettent, même en ligne directe.

Nous parlerons de cette espèce de représentation dans les trois premiers paragraphes de cet article, où nous verrons : — 1° Quelles sont les personnes qui peuvent succéder par ce droit de représentation ; — 2° quelles sont celles qui peuvent être représentées ; — 3° quel est l'effet de cette représentation.

La *seconde espèce de représentation, à l'effet seulement de partager*, est le droit par lequel des petits-enfants, issus de différentes souche, quoiqu'en égal degré entre eux, partagent la succession par souches, et non par personne, *in stirpes non in capita.* Nous en parlerons dans le paragraphe dernier.

§ Ier. *Quelles personnes peuvent succéder par représentation ?*

La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante ; c'est pourquoi, non-seulement les petits-enfants, *nepotes*, entrent dans le degré de leur père ou mère qui se trouve vacant par leur décès ou autrement ; mais si quelqu'un de ces petits-enfants était lui-même prédécédé, les enfants de ce petit-enfant, *pronepotes*, entrent pareillement dans ce degré, comme leur père y serait entré, et y tiennent la place qu'il y aurait tenue ; et si l'arrière-petit-fils était lui-même prédécédé, et eût laissé un enfant, cet enfant y entrerait de même, *et sic in infinitum*, autant que la représentation peut s'étendre [2].

« — Ils succèdent par égales portions « et par tête, quand ils sont tous au « premier degré et appelés de leur chef : « ils succèdent par souche, lorsqu'ils « viennent tous ou en partie par repré- « sentation. »

[1] *V.* art. 739, C. civ. C'est bien plutôt une faveur qu'une fiction, et s'il y a fiction, elle consiste seulement en ce que plusieurs personnes ne comptent que pour une.

Art. 739 : « La représentation est « une fiction de la loi, dont l'effet est « de faire entrer les représentants dans « la place, dans le degré et dans les « droits du représenté. »

[2] *V.* art. 740, C. civ., qui consacre le même principe.

Art. 740 : « La représentation a lieu « à l'infini dans la ligne directe descen- « dante. — Elle est admise dans tous les « cas, soit que les enfants du défunt « concourent avec les descendants d'un « enfant prédécédé, soit que tous les « enfants du défunt étant morts avant « lui, les descendants desdits enfants « se trouvent entre eux en degrés « égaux ou inégaux. »

Il n'est requis autre chose dans la personne de l'enfant qui succède par représentation, sinon qu'il soit habile à succéder, et qu'il n'en soit exclu par aucune des causes rapportées au chapitre précédent, section deuxième.

Au reste, il n'est pas nécessaire que les enfants qui succèdent par représentation, aient été héritiers de leur père ou mère qu'ils représentent. Quoiqu'ils aient renoncé à leur succession, ils ne laissent pas de pouvoir les représenter en la succession de leur aïeul. La raison est que la représentation ne fait rien autre chose que placer les représentants dans le degré de la personne représentée, lequel se trouve vacant; placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt leur part en la succession, elle ne leur est point transmise par la personne représentée, laquelle, par son décès, n'ayant pu elle-même être héritière, n'a pu rien transmettre de cette succession; il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient été héritiers de la personne qu'ils représentent[1]. La coutume de Paris, art. 308, et la nôtre, art. 307, le supposent clairement.

§ II. *Qui peut-on représenter?*

La représentation, selon la définition que nous en avons donnée, consiste à mettre les représentants dans le degré et place de la personne représentée, lorsque ce degré se trouve vacant : de là, il suit qu'on peut représenter celui qui n'occupe plus son degré, et qu'on ne peut représenter celui qui l'occupe encore : de là, est née la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant, *representatio nunquàm est de personâ vivente*, Molin., *in not.* sur Maine 241. De là il suit que, si un père laisse deux fils, dont l'un accepte la succession et l'autre y renonce, les enfants de celui qui a renoncé, ne peuvent pas venir avec leur oncle à cette succession par représentation de celui qui y a renoncé; ils ne peuvent représenter un homme vivant, qui occupe son degré dans la famille[2].

Observez qu'on entend ici par *un homme vivant*, celui qui jouit de l'état

---

[1] *V.* art. 744, C. civ., qui renferme la même décision.

Art. 744 : « On ne représente pas les « personnes vivantes, mais seulement « celles qui sont mortes naturellement « ou civilement : *on peut représenter ce-* « *lui à la succession duquel on a re-* « *noncé.* »

Ce que dit ici Pothier est parfaitement clair et vrai; oui, *les représentants reçoivent directement du défunt leur part en la succession, elle ne leur est point transmise par la personne représentée.* Il ne faut donc pas trop prendre à la lettre ce que dit ce même auteur au chap. 4, art. 2, § 4. de ce traité, lorsqu'il examine si les représentants doivent rapporter ce qui a été donné par le *de cujus* au représenté : il décide l'affirmative, et en donne pour raison que les représentants viennent du chef du représenté, et il cite l'adage : *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* Certes non, les représentants ne viennent pas du chef du représenté, ils n'empruntent pas ses droits, car il n'en a jamais eu.

Nota. Le Code civil admet aussi la représentation au profit des enfants et descendants des frères et sœurs du défunt (art. 742, C. civ.).

Art. 742 : « En ligne collatérale, la « représentation est admise en faveur « des enfants et descendants de frères « ou sœurs du défunt, soit qu'ils vien- « nent à sa succession concurremment « avec des oncles ou tantes, soit que « tous les frères et sœurs du défunt « étant prédécédés, la succession se « trouve dévolue à leurs descendants « en degrés égaux ou inégaux: »

[2] *V.* art. 744, C. civ., ci-dessus, note 1. et 787, *in principio.*

Art. 787 : « On ne vient jamais par « représentation d'un héritier qui a « renoncé : si le renonçant est seul « héritier de son degré, ou si tous ses « cohéritiers renoncent, les enfants « viennent de leur chef et succèdent « par tête. »

civil; ceux qui l'ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une peine capitale, étant morts civilement, ne sont point regardés comme *hommes vivants*, la mort civile leur faisant perdre tout ce qui appartient à l'état civil, et par conséquent les droits de famille; ces personnes n'occupent plus leur degré dans la famille, leur degré est vacant, et par conséquent, les enfants de ces personnes peuvent y être placés par représentation. Les enfants peuvent donc représenter leur père, lorsque leur père est mort civilement, comme lorsqu'il est prédécédé.

Les enfants d'un fils exhérédé peuvent-ils le représenter lorsqu'il est vivant? La raison de douter est que l'exhérédation l'ayant dépouillé de son droit de succéder, il semble qu'il n'occupe plus son degré, et que ses enfants peuvent y être placés par la représentation, comme dans un degré vacant. La raison de décider est que les enfants de l'exhérédé ne peuvent pas le représenter lorsqu'il est vivant; elle se tire de la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant; que cet exhérédé, quoique exclu de la succession par l'exhérédation, n'est point privé de son état civil, qu'il occupe son degré dans la famille du défunt, quoiqu'il soit exclu de sa succession par une raison particulière; la représentation ne peut donc pas placer ses enfants dans ce degré, puisqu'il est rempli : d'ailleurs il éluderait la peine de l'exhérédation, s'il pouvait recueillir pour ses enfants sa part en la succession dont il est exclu.

Les enfants de l'exhérédé peuvent-ils le représenter, même lorsqu'il est prédécédé? La raison de douter est que la représentation consiste à faire succéder les représentants à la place de la personne représentée, et à leur faire avoir la même part en la succession, qu'y aurait eue la personne représentée, si elle eût survécu, ainsi que nous le verrons ci-après. Or, l'exhérédé, s'il eût survécu, n'aurait eu aucune part dans la succession au moyen de son exhérédation; les enfants qui prétendent le représenter, n'en peuvent donc prétendre aucune, et par conséquent inutilement le représenteraient-ils.

La raison de décider au contraire, est que la faute qui a fait mériter l'exhérédation à l'exhérédé, lui étant personnelle, l'exhérédation qui en est la peine, lui doit être personnelle, et ne doit point rejaillir, par conséquent, sur ses enfants, ni les empêcher de venir à la succession de leur aïeul, par représentation de leur père exhédéré; l'exhérédation n'ayant été portée que contre la personne de l'exhérédé, pour l'exclure personnellement de la succession, cette exhérédation est anéantie par son prédécès. Qu'est-ce donc qui peut les empêcher de venir à cette succession? A l'égard de l'objection qu'on fait, que les représentants ne sont subrogés par la représentation qu'aux droits qu'aurait eus la personne représentée, si elle eût survécu, la réponse est que les enfants de l'exhérédé sont subrogés à la part que l'exhérédé, s'il eût survécu, aurait dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée par les raisons ci-dessus expliquées.

Tout ce que nous avons dit touchant les enfants de l'exhérédé, reçoit pareille application à l'égard des enfants de l'indigne, il y a entière parité de raison; c'est pourquoi on doit pareillement décider que les enfants de l'indigne, ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé[1].

Les enfants de la fille mariée, exclue de la succession, ou par la coutume,

---

[1] Les raisons que donne ici Pothier, et la décision qu'il adopte, peuvent servir à décider la question qui s'élève sur l'art. 730, C. civ. (*V*. ci-dessus, p. 29, note 4), savoir : si les enfants de celui qui aurait été indigne, mais qui est mort avant le *de cujus*, peuvent le représenter? Il est probable que le rédacteur de l'art. 730, avait sous les yeux ce passage de Pothier.

ou par sa renonciation, la représentent-ils? Il est constant qu'ils ne peuvent la représenter, lorsqu'elle est vivante lors de l'ouverture des successions de ses père et mère, auxquelles elle a renoncé; cela est fondé sur la règle générale, qu'on ne peut représenter un homme vivant, et sur ce que ces renonciations seraient illusoires, si une fille mariée pouvait recueillir, pour ses enfants, la part à laquelle elle a renoncé.

Il y a plus de difficulté lorsque la fille mariée a prédécédé son père ou sa mère à la succession de qui elle a renoncé. Dumoulin, sur l'article 123 de l'ancienne coutume de Paris, dit avoir pensé que ses enfants pouvaient la représenter; que la renonciation de leur mère ne pouvait leur être opposée, parce qu'elle n'avait pu renoncer que pour elle, et non pour ses enfants, qui, lorsqu'ils viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur mère, ne tiennent point de leur mère la part qu'ils y ont; *factum matris filios non ligat, quia mater non potuit renuntiare pro filiis, sed pro se tantùm*. Néanmoins le contraire a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet, lettre R, sommaire 17, nos 14 et suiv., des 21 avril 1564 et 5 avril 1569, et Brodeau dit que celui de 1569 a fixé la jurisprudence. Lebrun (liv. 3, ch. 8, sect. 1, n° 62) atteste aussi que c'est la jurisprudence. La raison en est, que ces renonciations des filles par leur contrat de mariage, sont des lois de famille dont l'effet doit être perpétuel dans la famille, et ne se pas borner à la fille qui a renoncé, mais doit s'étendre à tous les descendants de cette fille. Au surplus, la dot qu'elle a reçue forme une exception péremptoire contre ses enfants ou petits-enfants, qui, après son décès, prétendraient la représenter dans la succession de leurs aïeuls ou bisaïeuls, puisque cette dot lui a été donnée pour lui tenir lieu, ainsi qu'à eux, de la part qu'ils prétendent avoir de ladite succession. *Duæ causæ lucrativæ non possunt concurrere in eâdem personâ.*

Il faut décider aussi que les enfants de la fille mariée, qui est exclue, par les coutumes, de succéder, ne peuvent pas la représenter quoique prédécédée; il y a quelques-unes de ces coutumes qui s'en expliquent, comme Tours, Bourgogne, Auvergne, etc.; et il le faut décider de même dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas: l'esprit de toutes ces coutumes étant de conserver l'intégrité des biens à la race masculine, et par conséquent, d'exclure la postérité des filles aussi bien que les filles elles-mêmes, lorsqu'elles auraient été pourvues par mariage.

§ III. *De l'effet de la représentation.*

L'effet de la représentation est de rapprocher les enfants d'un fils ou d'une fille prédécédée au degré qu'occupait leur père ou leur mère dans la famille du défunt, et de les faire, en conséquence, succéder à la place de leurdit père ou mère, avec les autres fils ou filles du défunt[1].

Si une succession est déférée à un fils et aux enfants d'un autre fils prédécédé, et que le fils renonce, la représentation qui place les enfants d'un fils prédécédé au degré de leur père, aura-t-elle l'effet de leur donner le droit d'exclure les enfants de l'autre fils, qui a renoncé à la succession? La raison de douter est que la représentation ayant été introduite pour admettre à la succession des enfants qui sont dans un degré plus éloigné avec ceux qui sont dans un degré plus proche, il semble qu'elle doit être bornée à cet effet, et qu'on ne doit pas lui donner celui d'exclure d'autres enfants qui sont au même degré.

---

[1] On voit par là que la représentation déroge surtout à la règle *que le plus proche exclut le plus éloigné*. *V.* à cet égard l'art. 734, C. civ.

Art. 734: « La première division « opérée entre les lignes paternelle et « maternelle, il ne se fait plus de di- « vision entre les diverses branches; « mais la moitié dévolue à chaque ligne « appartient à l'héritier ou aux héri- « tiers les plus proches en degrés, sauf « le cas de la représentation, ainsi qu'il « sera dit (le droit de représentation « est réglé par les art. 730 à 744). »

Néanmoins il faut décider que dans cette espèce les enfants qui succèdent par représentation de leur père ou mère prédécédés, auront toute la succession, et excluront les enfants de l'autre fils, qui a renoncé. La raison en est, que par la représentation, la succession a été déférée aux enfants du fils prédécédé, qui s'étant trouvés cohéritiers du fils renonçant, sa part leur est accrue par sa renonciation, suivant les articles 310 de Paris et 359 d'Orléans, qui portent que *la part de l'enfant qui renonce accroît aux autres enfants héritiers* [1].

Les enfants d'un fils prédécédé excluent-ils les enfants d'un autre fils vivant, lequel est exhérédé ?—Pour l'affirmative, on dira que les enfants du fils prédécédé étant placés, par la représentation, au premier degré qu'occupait leur père, ils se trouvent avoir une priorité de degré sur les enfants de l'exhérédé, qui ne se trouvent être qu'au second, et ne peuvent être rapprochés au premier, qui est occupé par leur père exhérédé, qui est vivant; qu'ainsi les enfants du fils prédécédé doivent les exclure.—Pour la négative, on dira, au contraire, que la fiction de la représentation ne doit avoir lieu que pour le cas pour lequel elle est faite; qu'étant faite pour faire concourir les enfants d'un degré plus éloigné avec ceux qui se trouvent dans un degré plus proche, elle ne doit avoir lieu que lorsque la succession se trouvant déférée à un enfant du premier degré, il est nécessaire de rapprocher les enfants d'un degré plus éloigné au degré de leurs père et mère prédécédés, pour qu'elle puisse être déférée pareillement; mais que, lorsqu'il ne se trouve aucun enfant dans un degré plus proche qu'eux, à qui la succession pût être déférée, comme dans cette espèce, où l'exhérédation du fils empêche qu'elle ne lui puisse être déférée, en ce cas, la succession pouvant être déférée au degré dans lequel ils se trouvent, sans le secours de la représentation, il ne doit point y avoir lieu à la représentation; ils ne doivent point être placés au premier degré qu'occupait leur père ou mère prédécédés, et par conséquent, ne se trouvant qu'au même degré de celui auquel se trouvent les enfants de l'autre fils exhérédé, ils ne doivent point les exclure. On réplique, pour la première opinion, en niant le principe sur lequel la seconde est fondée; savoir, qu'il ne doit point y avoir lieu à la représentation en faveur des enfants d'un fils ou d'une fille prédécédés, que lorsqu'il y a un enfant du premier degré auquel la succession soit déférée; et on soutient, au contraire, qu'indistinctement, aussitôt que l'un de plusieurs fils meurt naturellement ou civilement, les enfants de ce fils prédécédé entrent dans le degré qu'il occupait, sans attendre si, lors de l'ouverture de la succession de leur aïeul, il se trouvera ou non d'autres fils ou filles à qui la succession soit déférée [2].

La représentation faisant succéder les représentants à la place de leur père ou mère qu'ils représentent, il s'ensuit qu'ils ne peuvent avoir tous ensemble que la même part et portion qu'aurait eue leurdit père ou mère s'il eût survécu; ils ne peuvent jamais avoir plus.

C'est pourquoi, si un fils prédécédé avait quelque chose en avancement de succession, ses enfants, qui le représentent, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, seront obligés de rapporter ou précompter ce que leur père, qu'ils représentent, a reçu, de la même manière que leur père aurait été obligé de le rapporter [3].

---

[1] *V.* art. 786, C. civ.

Art. 786 : « La part du renonçant « accroît à ses cohéritiers; s'il est seul, « elle est dévolue au degré subséquent. »

[2] Cette question ne peut s'élever aujourd'hui.

[3] *V.* art. 743 et 848, C. civ.

Art. 743 : « Dans tous les cas où la « représentation est admise, le partage « s'opère par souche : si une même « souche a produit plusieurs branches, « la subdivision se fait aussi par souche « dans chaque branche, et les membres « de la même branche partagent entre « eux par tête. »

Art. 848 : « Le fils venant de son

Il n'est pas douteux que la représentation ne peut jamais donner aux représentants plus que n'aurait eu le représenté ; mais leur donne-t-elle quelquefois moins ? On fait à ce sujet la célèbre question de savoir si la représentation donne aux filles de l'aîné prédécédé le préciput d'aînesse qu'aurait eu leur père, qu'ils représentent ? Les coutumes se sont partagées sur cette question ; il y en a, comme Reims, Laon, etc., qui le refusent, et n'admettent, en ce cas, les filles qui viennent par représentation de leur père, qu'à une portion virile de la succession. La raison de cette décision paraît très plausible ; la représentation peut bien faire succéder les filles de l'aîné, petites-filles du défunt, au degré qu'occupait leur père ; mais elle ne peut pas leur communiquer le sexe de leur père, ni par conséquent leur faire passer le droit d'aînesse de leur père, inséparable de son sexe, ni les faire succéder au préciput d'aînesse, qui est un droit attaché au droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, les coutumes de Paris et d'Orléans, et plusieurs autres, décident que les filles de l'aîné représentent leur père au droit d'aînesse ; la raison en est que la représentation substituant les représentants à la portion de la personne qu'ils représentent, ils doivent l'avoir telle que la personne représentée l'aurait eue elle-même ; que les représentants ne succèdent point de leur chef, mais du chef de la personne qu'ils représentent. Ce n'est point dans leur personne qu'on doit rechercher ni le sexe, ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse, mais dans la personne qu'ils représentent, qui doit, à cet égard, être sur ce représentée [1].

La fille d'un aîné exhérédé prédécédé, le représente-t-elle au droit d'aînesse ? Oui, car elle doit avoir la portion telle qu'aurait eue son père, sans l'exhérédation, laquelle est anéantie par son prédécès, ainsi que nous l'avons déjà observé ci-dessus.

Doit-on suivre l'opinion embrassée par la coutume de Paris en faveur de la fille de l'aîné dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées ? Il y a lieu de le penser, quelque plausible que paraisse la raison de l'opinion contraire : la raison est que cette décision, en faveur de la fille de l'aîné, n'a été insérée dans la nouvelle coutume de Paris, que parce que la jurisprudence s'était fixée à cette opinion par un arrêt de 1550, rapporté par tous les auteurs : d'où il suit que cette disposition de la coutume de Paris, ne doit point passer pour une simple disposition locale, mais pour un point de jurisprudence, qui doit conséquemment avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

§ IV. *De la représentation à l'effet simplement de partager.*

Il y a une espèce de représentation, qui n'a d'autre effet que de faire partager la succession par souches, et non par personnes.

Il y a lieu à cette espèce de représentation, lorsque plusieurs petits-enfants, issus de différents fils ou filles, tous prédécédés, viennent ensemble à la succession de leur aïeul, il ne peut y avoir lieu en ce cas à la représentation à l'effet de succéder ; tous ces petits-enfants étant tous en égal degré, n'ont pas besoin du secours de la représentation pour concourir ensemble à la succession de leur aïeul ; mais il y a lieu à la représentation à l'effet de partager, parce que, dans le partage, les petits-enfants, issus de chacune des différentes souches, représentent tous ensemble la souche dont ils sont issus, et ne pren-

---

« chef à la succession du donateur, « n'est pas tenu de rapporter le don « fait à son père, même quand il au« rait accepté la succession de celui« ci ; mais si le fils ne vient que par « représentation, il doit rapporter ce « qui avait été donné à son père, même « dans le cas où il aurait répudié sa « succession. »

[1] Il n'y a plus de droit d'aînesse.

nent tous ensemble que la part qu'aurait eue ladite souche, si ce fût elle qui eût succédé.

Cette distinction des différentes espèces de représentation, sert à décider la question suivante :

Une personne laisse en mourant deux fils, qui renoncent l'un et l'autre à sa succession ; cette succession ayant été depuis reconnue opulente par un retour de vaisseaux qu'on croyait perdus, quatre petits-fils du défunt se présentent pour la recueillir ; trois de ses petits-fils sont les enfants d'un des fils qui a renoncé, et le quatrième est le fils unique de l'autre fils qui a pareillement renoncé ; partageront-ils la succession par souches, de telle manière que l'un des petits-fils, enfant unique de l'un des fils, ait seul la moitié, et les trois autres aient tous ensemble seulement l'autre moitié ; s'il n'y avait point d'autre représentation que celle à l'effet de succéder, on ne pourrait pas dire qu'ils succéderaient par représentation ; car la représentation à l'effet de succéder, consiste à faire entrer les petits-enfants dans le degré qu'occupait leur père, ce qui ne se peut en cette espèce ; car les pères de ces petits-enfants étant vivants et occupant leur degré, c'est le cas de la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant. Que si ces petits-enfants ne succèdent pas par représentation des souches dont ils sont issus, il s'ensuivrait qu'ils devraient partager la succession *in capita*, par personnes ; d'un autre côté, il est inouï qu'une succession se partage autrement que par souche, lorsque des petits-enfants de différentes souches succèdent. La conciliation de tout ceci, est qu'il n'y a plus, à la vérité, dans cette espèce, lieu à la *représentation à l'effet de succéder ;* mais qu'il y a lieu à une autre espèce de *représentation*, qui est *à l'effet de partager*. La maxime qu'on ne représente point un homme vivant, a lieu dans la première espèce de représentation, parce qu'on ne peut succéder et entrer dans le degré d'un homme vivant qui le remplit ; mais rien n'empêche que, dans la représentation qui n'est qu'à l'effet de partager, on représente un homme vivant ; c'est-à-dire, que des petits-enfants de différents fils qui ont renoncé, représentent leur père dans le partage, à l'effet que ceux qui sont nés de chacun desdits fils, prennent tous ensemble la même part qu'aurait pris leur père, si c'était leur père qui eût succédé [1].

Art. II. — Du droit d'aînesse [2].

La plupart des coutumes accordent un droit d'aînesse à l'aîné des enfants qui succède à leur père ou mère, ou autres ascendants. Elles sont fort différentes entre elles sur ce droit d'aînesse. Nous ne nous attacherons qu'aux coutumes de Paris et d'Orléans.

§ Ier. *A qui les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles le droit d'aînesse.*

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent un droit d'aînesse au fils aîné, ou à ceux qui le représentent dans la succession des biens nobles de ses père ou mère, ou autres ascendants. Elles accordent ce droit aux roturiers comme aux nobles.

Le fils aîné à qui ce droit est accordé, est celui qui, lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, lors du décès de celui dont la succession est à

---

[1] Cette représentation à l'effet simplement de partager n'a pas lieu sous le Code, et dans l'espèce rapportée par Pothier, les enfants succéderaient de leur chef, et le partage s'opérerait par têtes. *V.* art. 787, C. civ., ci-dessus, p. 39, note 2.

[2] Cet article est désormais sans application ; le droit d'aînesse n'a point lieu aujourd'hui. *V.* 745, ci-dessus, p. 37, note 2. Les enfants succèdent sans distinction de sexe ni de primogéniture.

partager, se trouve l'aîné de ses enfants mâles, il n'importe qu'il y en ait eu d'autres nés avant lui, lorsqu'ils sont prédécédés ou morts civilement, sans laisser de postérité qui les représente.

Le second fils aurait-il le droit d'aînesse, si le premier se trouvait, à la vérité, vivant lors de la succession ouverte, mais était exhérédé? Je ne le pense pas. Il y a grande différence entre la mort civile et l'exhérédation. La mort civile faisant perdre au fils aîné son état civil, il n'est plus censé exister, il est retranché de la famille, il n'occupe plus sa place, et, par conséquent, lorsqu'il n'a point de postérité qui succède à sa place vacante par la mort civile, le puîné qui le suit peut y succéder et la remplir; il devient l'aîné, puisqu'il n'y en a aucun autre qui le précède, le mort civilement étant compté pour rien; il n'en est pas de même de l'exhérédation, elle exclut bien l'aîné exhérédé du droit de succéder aux biens de son père; mais elle ne le retranche pas de la famille, il y occupe sa place, et par conséquent le puîné qui le suit ne peut le précéder et se dire l'aîné.

A plus forte raison doit-on décider que le second fils ne peut prétendre le droit d'aînesse, lorsque le fils aîné a renoncé à la succession, quoique gratuitement; il y a dans cette espèce une raison de plus que dans la précédente, pour exclure le second fils du droit d'aînesse, qui est qu'il a été déféré à l'aîné à qui la succession a été déférée; que cet aîné ayant renoncé à la succession, sa part, dont le droit d'aînesse faisait partie, est accrue à tous les autres enfants héritiers sans prérogative d'aînesse, suivant que le décident les articles 310 de Paris et 359 d'Orléans, qui disent « que la part de l'enfant qui renonce, accroît aux autres enfants héritiers sans prérogative d'aînesse ;» c'est le sentiment de Dumoulin (art. 13, gl. 1, n° 28), dont quelques auteurs se sont mal à-propos écartés.

Le fils a le droit d'aînesse sur ses sœurs, quoiqu'elles soient ses aînées; lorsqu'il n'y a que des filles, il n'y a point de droit d'aînesse. Paris, art. 19, Orléans, art. 89, *in fine*.

Il y a quelques coutumes contraires, qui donnent, à défaut d'enfants mâles, le droit d'aînesse à la fille aînée; telle est celle de Tours.

Le fils né avant le mariage et légitimé depuis, a le droit d'aînesse sur les enfants nés de ce mariage, l'a-t-il sur les enfants nés d'un mariage intermédiaire? Dumoulin décide avec raison qu'il ne l'a pas; et qu'au contraire, le fils aîné du premier mariage, quoique plus jeune que lui, a le droit d'aînesse sur lui. La raison en est évidente. Cet enfant né avant le mariage, est réputé, par le mariage que son père contracte avec sa mère, enfant de ce mariage; ce mariage n'étant que le second mariage de son père, il est enfant du second mariage; il ne peut donc avoir le droit d'aînesse sur ceux du premier; car il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné, par rapport à ceux du premier. Il est vrai qu'il est né avant ceux du premier, qu'il est plus âgé qu'eux; mais il est né à la famille de son père du jour du mariage avec sa mère; on ne doit compter son âge que depuis ce temps; et en le comptant ainsi, c'est-à-dire, en fixant à ce temps sa naissance, il se trouve le puîné [1]. Ajoutez à ces raisons, que l'enfant du premier mariage ayant été en possession du droit d'aînesse pendant le premier mariage, il ne peut pas en être dépouillé par le second. Lebrun est néanmoins d'un sentiment contraire (liv. 1, ch. 2. sect. 1, dist. 1, n° 23).

Entre deux jumeaux, c'est celui qui est sorti le premier du sein de sa mère qui est le premier; car naître, c'est sortir du sein de la mère; celui qui en est le premier sorti, est donc le premier né, ou ce qui est la même chose, l'aîné. On doit s'en rapporter sur cela au témoignage des parents, soit exprès, soit tacite. Il est exprès, s'ils ont écrit sur leur journal ou ailleurs, qui des deux est né le premier; il est tacite, lorsque l'un des deux jumeaux a toujours été dans

[1] *V.* art. 333 C. civ., ci-dessus, p. 21, note 2.

la famille en possession de la qualité d'aîné; on peut aussi sur ce fait recourir au témoignage des accoucheurs, des gardes, et autres semblables personnes.

S'il était absolument incertain lequel des deux est l'aîné, par qui le droit d'aînesse pourrait-il être prétendu? Dumoulin décide qu'en ce cas, le sort en doit décider. Lebrun, après Faber, dit : que les deux jumeaux doivent ensemble partager le droit d'aînesse, ce qui ne se peut soutenir; car c'est admettre deux aînés dans une famille, et donner deux chefs à un même corps, ce qui répugne. J'inclinerais à décider qu'en ce cas, le droit d'aînesse ne devrait être prétendu par aucun des deux, et qu'ils se feront obstacle mutuellement. Ma raison est que tout demandeur étant obligé de prouver le fait qui sert de fondement à sa demande, suivant cette maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit*, chacun de ces jumeaux qui prétendrait le préciput accordé par la coutume à l'aîné, serait obligé de prouver qu'il est effectivement l'aîné : aucun des deux ne pouvant le prouver, parce que nous supposons le fait incertain, il s'ensuit qu'aucun des deux ne doit rien obtenir dans la demande de ce préciput, et qu'aucun des deux ne doit l'avoir. Ce sentiment est d'autant plus favorable, qu'il ramène les choses à l'égalité entre les enfants.

Si l'un des jumeaux s'était fait céder les droits successifs de l'autre, pourrait-il prétendre, en ce cas, le préciput d'aînesse? Son moyen, en ce cas, est de dire que, s'il n'est pas certain lequel des deux est l'aîné, au moins il est certain que l'un des deux l'est; d'où il conclura que le préciput d'aînesse est dû à l'un des deux, et que, réunissant en sa personne, par la cession qui lui a été faite, les droits des deux, le préciput accordé à l'aîné ne peut lui être contesté. Peut-être pourrait-on répondre que, de ce qu'il est certain que l'un des deux est l'aîné, on ne doit pas en tirer une conséquence que le préciput est dû à l'un des deux; car, pour que le préciput d'aînesse soit dû à un enfant, il ne suffit pas qu'il soit l'aîné, il faut de plus qu'il soit reconnu pour tel, et qu'il puisse justifier qu'il est effectivement l'aîné. C'est pourquoi il n'est dû à aucun des deux dans cette espèce, puisqu'aucun des deux ne peut justifier ce fait. N'étant dû à aucun des deux, la cession par laquelle l'un des deux a les droits de l'autre, lui est inutile.

La coutume accorde le droit d'aînesse, non-seulement à la personne de l'aîné, elle l'accorde pareillement aux enfants de l'aîné, qui le représentent en la succession de leur aïeul; ce qui a lieu, quand même il ne serait représenté que par des filles, suivant que nous l'avons vu, art. 1, § III.

Les enfants qui représentent l'aîné, prennent tous ensemble le préciput d'aînesse qu'aurait pris leur père; mais dans la subdivision qu'ils font ensemble, l'aîné de la branche prend lui-même, sur ses frères et sœurs, un droit d'aînesse.—*Finge*; il y avait dans une succession un manoir noble, et pour 40,000 livres d'autres biens nobles; les enfants de l'aîné, qui succèdent par représentation avec leurs oncle et tantes, prennent tous ensemble le manoir et la moitié des biens nobles qui montent à 20,000 liv., et dans la subdivision, s'ils sont au nombre de trois petits-enfants, l'aîné d'entre eux prendra le manoir et la moitié des fiefs échus en leur portion, c'est-à-dire, 10,000 livres.

Que s'il n'y avait que des filles qui représentassent le fils aîné, il n'y aurait point entre elles de droit d'aînesse dans la subdivision; ainsi le décide la coutume de Paris, art. 324 et art. 305 (de la coutume d'Orléans). *S'il n'y a que filles, elles représentent toutes ensemble, l'aîné leur père, sans droit d'aînesse entre elles, et s'il y a mâles* (ajoute la coutume d'Orléans), *se partira la succession entre les enfants du fils aîné, le droit de prérogative gardé à l'aîné desdits enfants.*

La raison de ce préciput accordé à l'aîné dans cette subdivision, n'est pas (comme dit Lebrun) que cette subdivision doive être regardée comme un partage que font les enfants de l'aîné de la succession de leur père, dans laquelle il appartient à l'aîné d'entre eux un préciput. Cette raison est fausse; cette subdivision est un partage qu'ils font de la succession de leur aïeul, et non de

celle de leur père, à qui ces biens n'ont jamais pu appartenir. Si cette subdivision était regardée comme un partage qu'ils font de la succession de leur père, ils ne pourraient y avoir part, s'ils n'eussent été héritiers de leur père; néanmoins il est certain qu'ils peuvent y avoir part, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, comme nous l'avons vu en l'article précédent, § 1; ils ne peuvent donc point être censés avoir partagé la succession de leur père par cette subdivision. Il ne faut point chercher d'autre raison de ce préciput accordé à l'aîné dans la subdivision que celle-ci ; savoir, que les subdivisions des successions doivent se régler sur le partage principal, et qu'on doit observer les mêmes règles que dans le partage principal ; d'où il suit, que de même que le partage principal doit se faire, à la charge d'un préciput et droit d'aînesse, en faveur de l'aîné; de même la subdivision doit se faire, à la charge d'un préciput et droit d'aînesse, en faveur de l'aîné de ceux entre qui se fait la subdivision.

De ce principe naît la décision de plusieurs questions :

1° On demande si le préciput doit avoir lieu dans la subdivision du lot échu à chacune des branches cadettes, comme il a lieu dans la subdivision de celui échu à la branche aînée? La raison de douter est que la coutume n'a parlé que de la subdivision de celui échu à la branche aînée. La raison de décider que ce préciput doit avoir lieu dans la subdivision des lots des branches cadettes, se tire de notre principe, qui milite également à l'égard de ces subdivisions, comme à l'égard de celle du lot de la branche aînée ; c'est qu'elle n'a eu occasion de parler que de celle-là ; il paraît par une sentence de 1689, rapportée par l'éditeur de la coutume de 1711, que c'est la jurisprudence de notre siége.

2° On demande si l'aîné des représentants, qui a renoncé à la succession de son père, peut prendre ce préciput dans la subdivision? Lebrun, en suivant son faux principe, décide qu'il ne le peut : il faut au contraire décider qu'il le peut ; car cette subdivision étant un partage de la succession de l'aïeul, et non de celle de son père, peu importe qu'il ait renoncé à la succession de son père.

3° On demande si ce préciput de la subdivision entre les petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur père, se règle eu égard au nombre de ses petits-enfants qui s'est trouvé lors du décès du père, ou eu égard à celui qui s'est trouvé lors de la succession de l'aïeul? Lebrun, en suivant son faux principe, dit que c'est eu égard au temps du décès du père : il faut dire au contraire que c'est eu égard au temps du décès de l'aïeul, puisqu'il s'agit dans cette subdivision du partage de la succession de l'aïeul, et non de celle du père.

4° On demande si l'aîné qui, dans la succession de son père arrivée avant la mort de l'aïeul, a déjà pris un manoir, en peut prendre un autre dans cette subdivision? Il faut dire qu'il le peut, puisque c'est une autre succession que celle du père.

§ II. *Sur quels biens les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles un droit d'aînesse?*

Les coutumes de Paris et d'Orléans n'accordent droit d'aînesse que sur les biens nobles.

Les *biens nobles* sont les fiefs et les franc-aleux nobles [1].

Il ne suffit pas qu'un héritage soit intrinséquement un fief pour être sujet au droit d'aînesse, il faut que le défunt le tienne en fief. C'est pourquoi, si j'ai pris à cens ou rente un héritage féodal, pour lequel le bailleur s'est réservé la charge de la foi, cet héritage, quoique intrinséquement féodal, ne se partagera pas noblement, et ne sera pas sujet au droit d'aînesse dans ma succession, parce que, quoique cet héritage fût intrinséquement un fief, je ne le tenais pas à titre de fief, mais je le tenais à cens ou rente du bailleur, qui s'en est retenu

[1] *V.* art. 732, C. civ., ci-dessus, p. 36, note 2.

la foi. Au contraire ce droit de cens ou rente se partagera noblement, et sera sujet au droit d'aînesse dans la succession du bailleur, à qui il appartient, et dans celle de ses successeurs; c'est la disposition des art. 345, 346 et 347 de notre coutume.

Le *franc-aleu noble* est celui auquel est attaché un droit de justice, de fief, ou de censive. Il n'y a que le franc-aleu noble qui se partage noblement, les autres héritages en franc-aleu, auquel aucun de ces droits n'est attaché, se partagent sans droit d'aînesse, de même que les héritages tenus en censive.

Les rentes foncières, quoiqu'à prendre sur un fief, si celui à qui elles sont dues ne les tient pas à la charge de la foi, soit pour lesdites rentes, soit pour l'héritage sur lequel elles sont à prendre, ne sont point biens nobles, et se partagent sans droit d'aînesse.

Il faut dire la même chose, à plus forte raison, des rentes constituées, quoique assignées spécialement sur un fief, à moins qu'elles ne soient inféodées.

La créance d'un fief n'est pas proprement et en elle-même, une chose féodale; néanmoins lorsqu'elle se doit terminer au fief même, elle se partage dans la succession du créancier comme une chose féodale, parce que, par rapport à l'effet qu'elle doit produire, elle se considère comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle se doit terminer suivant cette maxime, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*

C'est pourquoi si, par exemple, le défunt avait acheté un fief qui ne lui a pas été livré de son vivant, son fils aîné dans sa succession aura la même portion dans l'action, pour se faire livrer le fief, qu'il aurait eue dans le fief même, s'il eût été livré au défunt.

Par la même raison, si le défunt a laissé dans sa succession une action de réméré ou une action rescisoire pour rentrer dans l'héritage féodal qu'il avait vendu, l'aîné aura dans cette action son droit d'aînesse, en exerçant par ses puînés cette action de réméré, ou cette action rescisoire, et il aura la même portion dans cet héritage, que si le défunt y était rentré de son vivant.

Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, quoique l'aîné eût sa part avantageuse dans l'action qu'avait le défunt pour se le faire livrer; néanmoins il ne doit que sa part virile du prix. Il est vrai que le vendeur n'est pas obligé de le lui livrer qu'il ne lui paie le total du prix, mais l'aîné en a la répétition, sa part virile confuse, contre ses frères et sœurs qui en sont tenus, chacun pour leur portion virile, comme d'une dette de la succession, car le prix était dû par le défunt; et, comme nous le verrons par la suite, l'aîné n'ayant ce qu'il a de plus que ses frères et sœurs que comme un préciput, il ne doit, comme les puînés, que sa portion virile des dettes de la succession.

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères une action rescisoire qu'avait le défunt, Dumoulin, art. 18, *gloss.* 1, n° 30, décide que l'aîné n'est tenu pareillement que pour sa portion virile, de la restitution du prix qu'il faut en ce cas rendre à l'acheteur, parce que la restitution de ce prix est une dette passive de la succession du défunt, qui se trouve avoir reçu ce prix, *sinè causâ*, le contrat pour lequel il l'avait reçu étant rescindé. Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, et dont il devait le prix; ce prix est une dette de sa succession, dont les puînés sont tenus pour leur part virile, quand même ils ne voudraient pas exercer l'action qu'avait le défunt pour se faire livrer l'héritage; car de même que le vendeur, créancier de ce prix, aurait pu contraindre le défunt à payer ce prix, quand même le défunt aurait dit qu'il ne voulait plus avoir l'héritage; de même l'aîné des enfants qui aura payé le prix au vendeur, étant subrogé en conséquence aux droits du vendeur, pourra répéter contre ses puînés leurs portions viriles de ce prix, quand même ils diraient qu'ils ne veulent point avoir leur portion de l'héritage.

Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le défunt a laissé dans sa succession une action rescisoire contre la vente qu'il a faite d'un fief? L'aîné

peut-il obliger les puînés à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix, quand même ces puînés diraient qu'ils ne veulent point exercer cette action rescisoire? La raison de douter est que, dans cette espèce, la restitution du prix n'est pas une dette absolue; mais seulement au cas que l'action resciscoire soit exercée, le défunt n'aurait pas été obligé à cette restitution, dans le cas auquel il n'aurait pas voulu exercer son action rescisoire; les puînés comme ses héritiers, n'y doivent donc pas pareillement être obligés, lorsqu'ils ne veulent pas l'exercer. Je pense néanmoins qu'il faut décider que, si cette action rescisoire est avantageuse à la succession considérée en général, l'aîné qui voudra exercer cette action, peut obliger ses puînés à l'exercer avec lui, et à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix. La raison est que c'est un principe général, « que toutes les fois que des héritiers ont entre eux des intérêts différents pour exercer ou non des droits et actions de la succession, considérée en général, et lorsqu'il se trouve de l'intérêt de la succession ainsi considérée, que l'action soit exercée, il ne doit pas dépendre de ceux qui ont un intérêt particulier à ne la pas exercer, qu'elle ne le soit pas. »

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères une action de réméré que le défunt avait laissée dans sa succession, la restitution du prix que le défunt a reçu, ne peut, en ce cas, passer pour une dette de sa succession, le contrat, en vertu duquel le défunt a reçu le prix, n'est point rescindé; la restitution du prix n'est, en ce cas, autre chose qu'une charge de l'action de réméré, qui ne peut être exercée qu'à la charge de cette restitution du prix, et par conséquent, l'aîné doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans l'action de réméré. Dumoulin le décide, art. 18, gl. 1, n° 30.

La créance d'un fief, *actio ad feudum consequendum*, est regardée comme une chose féodale, lorsqu'elle se termine effectivement à faire avoir le fief. En est-il de même lorsque, par l'inexécution de l'obligation du débiteur, elle ne se termine qu'en des dommages et intérêts?—Je pense qu'il faut distinguer deux cas. Le premier est si, dès le temps de l'ouverture de la succession, le débiteur était hors d'état de remplir son engagement, et de livrer l'héritage féodal; *putà*, s'il avait vendu au défunt un héritage qui ne lui appartenait pas, et qu'il n'était pas en son pouvoir de livrer; ou si, après l'avoir vendu au défunt, il l'avait vendu et livré à un autre acheteur du vivant du défunt : en ces cas et autres semblables, je pense que la créance qu'avait le défunt, lors de sa mort, contre le vendeur de l'héritage féodal, ne doit pas passer pour un bien féodal, ni se partager comme tel dans sa succession. La raison est que, si la créance d'un héritage féodal passe quelquefois pour un bien féodal, ce n'est pas qu'elle soit en elle-même quelque chose de féodal; mais c'est que, par anticipation, on considère en cette créance moins ce qu'elle est en elle-même, que la chose en laquelle elle se doit résoudre et terminer, qui est un héritage féodal. De là il suit que la créance d'un fief ne doit être considérée comme un fief, qu'autant qu'elle doit effectivement s'y terminer et s'y résoudre; et que, dès qu'elle ne s'y doit plus terminer, mais en des dommages et intérêts, par l'impossibilité où s'est mis le débiteur de remplir son engagement et de livrer le fief, dès lors la créance du fief ne se peut plus considérer comme quelque chose de féodal, et ne doit se partager dans la succession du créancier, que comme un bien ordinaire.

Le second cas est si le débiteur de l'héritage féodal s'est mis, par son fait ou par sa faute, depuis l'ouverture de la succession du créancier, hors d'état de remplir son obligation. En ce cas, je pense que la créance de l'héritage féodal doit se considérer et partager dans la succession du créancier, comme un bien noble, et que l'aîné doit avoir la même part dans les dommages et intérêts, qu'il aurait eue dans l'héritage féodal, s'il eût été livré. *Finge :* un père a acheté de son vivant, un héritage féodal, il est mort avant qu'il lui ait été livré, et a laissé quatre enfants; le vendeur, depuis la mort de l'acheteur, se met,

par son fait ou par sa faute, hors d'état de remplir son obligation. *Putà*; il vend l'héritage qu'il avait vendu au défunt, à un second acheteur, et le lui livre; ou bien si c'est une maison qu'il avait vendue, il la laisse brûler par sa faute : je dis qu'en ce cas, la créance, quoiqu'elle ne se puisse plus terminer qu'en des dommages et intérêts, doit se partager comme se serait partagé l'héritage même qui en était l'objet, et que l'aîné doit avoir, non pas seulement un quart, mais la moitié desdits dommages et intérêts. La raison en est que l'aîné, lors de l'ouverture de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, a été saisi pour moitié du droit qu'avait le défunt de se faire livrer l'héritage que le vendeur pouvait encore livrer. Il ne doit pas dépendre du fait et de la faute du vendeur de changer la condition de l'aîné, et de restreindre à un quart la portion de l'aîné, dans l'action *ex empto*, qu'avait le défunt, après que l'aîné a été saisi de cette action pour moitié; d'ailleurs les dommages et intérêts dus par le vendeur, doivent être à chacun des enfants, à proportion du tort qu'il a fait à chacun d'eux. Or en se mettant, par sa faute, hors d'état de livrer l'héritage, il a fait tort à l'aîné seul de la moitié de l'héritage qu'il aurait eue, et aux deux autres enfants ensemble de l'autre moitié qu'ils auraient eue en eux deux : ayant donc fait autant de tort à l'aîné seul qu'aux deux autres ensemble, l'aîné doit avoir autant de dommages et intérêts que les deux autres puînés ensemble; c'est-à-dire, qu'il doit avoir la moitié. Ceci ne paraît pas souffrir de difficulté.

§ III. *Comment les choses sur lesquelles l'aîné exerce son droit d'aînesse, doivent-elles appartenir à la succession.*

Non-seulement les choses dont le défunt était déjà propriétaire, lors de l'ouverture de la succession, sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'était point encore propriétaire, mais qui lui étaient dues, sont pareillement sujettes au droit d'aînesse, lorsqu'en conséquence du droit que le défunt avait d'exiger lesdites choses qu'il a laissées dans sa succession, elles sont, par la suite, advenues à ses héritiers; car, comme nous l'avons observé au paragraphe précédent, ce droit est, par anticipation, regardé comme la chose même à laquelle il se doit terminer. Nous n'en dirons rien davantage, en ayant parlé dans les paragraphes précédents.

Non-seulement les choses dont le défunt a eu le droit de propriété sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'avait qu'une propriété imparfaite et résoluble, y sont pareillement sujettes; celles même dont le défunt n'était point du tout propriétaire, et dont il avait seulement la possession civile, y sont sujettes jusqu'à ce qu'elles soient réclamées par le vrai propriétaire.

Des choses dont le défunt n'avait qu'une propriété imparfaite.

Les choses dont le défunt n'avait qu'une propriété imparfaite, révocable, sujette à rescision, ne laissent pas d'appartenir à sa succession, non pas parfaitement, mais imparfaitement, et de la même manière qu'elles appartenaient au défunt; l'aîné y doit par conséquent prendre son droit d'aînesse, pour l'avoir sous les mêmes conditions sous lesquelles la chose appartenait au défunt. Par exemple, si le défunt avait acquis un héritage féodal par un contrat, contre lequel le vendeur aurait droit de se faire restituer, et qu'il meure avant que le vendeur ait songé à se faire restituer, le fils aîné prendra, en attendant, sa portion avantageuse d'aîné dans cet héritage, qu'il cessera d'avoir, lorsque le vendeur se sera fait restituer contre la vente qu'il en avait faite au défunt.

De là naît la question de savoir quelle part aura l'aîné dans le prix que le vendeur restituera. Dumoulin décide fort bien qu'il n'aura que sa part virile dans le prix; c'est-à-dire égale à celle qu'auront ses puînés, et non une part proportionnée à la portion qu'il avait dans l'héritage restitué au vendeur. La

raison en est que les enfants ne reçoivent point ce prix, comme le prix d'une chose qui leur appartient, et qu'ils rétrocèdent au vendeur ; car, par les lettres de rescision, le contrat de vente qui en avait été fait au défunt est entièrement détruit, et l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu ni au défunt, ni à eux; ils ne reçoivent cette somme, que comme une somme qui se trouve due à sa succession par le vendeur, qui se trouve l'avoir reçue du défunt *sinè causâ*, le contrat pour lequel il l'avait reçue étant détruit; par conséquent, l'aîné ne peut y avoir d'autre part que sa portion virile, comme dans toutes les autres dettes de la succession.

Si les enfants, pour ne pas souffrir la rescision du contrat, rapportaient le supplément du juste prix, Dumoulin décide que l'aîné ne devrait payer que sa portion virile dans ce supplément, quoiqu'il ait seul la moitié de l'héritage, par la raison que, comme nous le verrons par la suite, l'aîné ayant ce qu'il a de plus que ses frères à titre de préciput, ne doit que sa portion virile dans les dettes de la succession. Or, il regarde ce supplément comme une dette du défunt, qui n'avait pas payé tout ce qu'il devait du juste prix de l'héritage. Cette décision de Dumoulin est juste.

S'il était de l'intérêt de la succession de suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, *putà,* s'il était devenu plus précieux depuis le contrat, l'aîné pourrait contraindre ses autres frères à suppléer à ce juste prix, mais s'il n'y a aucun avantage pour la succession à suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, l'aîné ne peut pas, pour son intérêt particulier, obliger les puînés à contribuer à ce supplément.

Si le défunt avait acheté un héritage féodal à la charge de réméré, et que le réméré soit exercé après sa mort, Dumoulin, art. 18, gloss. 1, n. 31, décide que l'aîné doit avoir une portion proportionnée dans le prix du réméré à celle qu'il avait dans l'héritage. La raison en est que ce prix que le vendeur, qui exerce le réméré, doit rendre, n'est point une chose qui fût due au défunt, c'est le prix de la rétrocession que les enfants de l'acheteur sont obligés de faire au vendeur qui veut exercer le réméré, en conséquence du droit de réméré qu'il a retenu sur cet héritage. Or, chacun doit avoir dans le prix de cette rétrocession, une portion proportionnée à la portion de l'héritage qu'il rétrocède; l'aîné qui rétrocède la moitié qu'il avait dans cet héritage, doit donc avoir la moitié du prix.

Il faut décider la même chose, lorsque le défunt a acquis un héritage féodal, sujet à un droit de retrait féodal, ou de retrait lignager, ou à un droit de refus, et que quelqu'un desdits droits est exercé contre les enfants. L'aîné doit avoir dans le prix du retrait, une portion proportionnée à celle qu'il avait dans l'héritage retiré.

Lorsque le défunt a laissé dans sa succession une portion indivise d'un fief qu'il avait en commun, soit avec sa femme, soit avec son cohéritier, soit avec quelqu'autre copropriétaire, il n'est pas douteux que, tant que cette portion indivise demeure dans la succession, l'aîné y prend son droit d'aînesse. La question est de savoir si le fief étant depuis licité entre les enfants et le copropriétaire, et adjugé à ce copropriétaire, l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, la même portion qu'il avait dans l'héritage. La raison de douter est qu'on dit que les licitations, comme les partages, ont un effet rétroactif ; qu'en conséquence le copropriétaire, à qui l'héritage a été adjugé par la licitation, est censé en avoir toujours été le seul propriétaire, à la charge d'un retour en deniers qui serait réglé par la licitation, et qu'en conséquence les enfants sont censés n'avoir succédé au défunt qu'à la créance de ce retour en deniers, dans lequel l'aîné ne peut prétendre de droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut décider, que l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, une part proportionnée à celle qu'il avait dans l'héritage avant la licitation. Lorsqu'on dit que la licitation a un effet rétroactif, c'est parce que le cohéritier, ou copropriétaire qui se fait adjuger l'héritage en total, a eu, dès le

temps qu'il a commencé d'être propriétaire par indivis, par la qualité de sa possession indivise, le droit de devenir, par la licitation, propriétaire du total, puisque la licitation n'est pas tant censée un nouveau titre d'acquisition, que l'exécution du titre originaire, par lequel ces cohéritiers ou copropriétaires ont ensemble succédé à l'héritage, ou l'ont acquis ensemble sous la condition tacite et naturelle de la liciter entre eux. D'où il suit que le cohéritier ou copropriétaire, à qui l'héritage est adjugé par la licitation, est censé l'avoir même pour le total, en vertu d'un même titre, par lequel il a commencé d'être propriétaire par indivis; d'où il suit qu'il ne doit point de profit pour la licitation, qui ne doit pas être regardée comme un nouveau titre d'acquisition; d'où il suit que, si la portion indivise lui était échue par succession, le surplus étant censé lui provenir du même titre, lui serait propre. Mais lorsque l'héritage a été adjugé par licitation au cohéritier ou copropriétaire qui l'avait par indivis avec le défunt, il demeure toujours vrai que le défunt est mort propriétaire de sa portion indivise de cet héritage, qu'elle s'est toujours trouvée dans sa succession, que son aîné a eu le droit, par conséquent, d'y prendre son droit d'aînesse, qu'il a été saisi de sa portion avantageuse qui lui appartient, comme aîné, dans cette portion ; ainsi avec ses puînés et le cohéritier ou copropriétaire du défunt, parties licitantes, il doit avoir, dans le prix de la licitation, une partie qui réponde à celle qu'il avait dans l'héritage licité.

Cette espèce fait naître une autre question, qui est de savoir si, sur la licitation, l'aîné et ses frères se rendant conjointement adjudicataires, l'aîné peut prétendre avoir sa portion avantageuse dans celle qui leur advient par la licitation, aux offres de payer au prorata le prix de la licitation ? La raison de douter se tire encore de l'effet rétroactif des licitations et partages ; on dira que le total est censé leur être échu de la succession de leur père, et que l'aîné doit exercer son droit d'aînesse sur tous les biens de la succession. Néanmoins je pense que la portion, advenue par la licitation aux enfants qui se sont rendus adjudicataires conjointement, doit être partagée entre eux également, sans que l'aîné y puisse prétendre plus que les autres. La raison est que le droit de liciter est attaché à la portion indivise que chacun des enfants a dans l'héritage, que celui qui a la moindre portion indivise a un droit de liciter égal à celui qui a la portion la plus grande; que les puînés ayant eu un droit de liciter égal à celui de leur aîné, et s'étant rendus, conjointement avec lui, adjudicataires, ils doivent partager également la portion qui leur est advenue par la licitation. A l'égard de l'objection qu'on fait sur l'effet rétroactif des partages, qui fait que la moitié qui leur advient par la licitation, est censée leur être advenue au même titre de succession, auquel leur est advenue l'autre moitié ; la réponse est qu'il suit seulement de ce principe, que la part qu'ils auront chacun dans celle qui leur est advenue par la licitation, sera censée leur être advenue au même titre que celle qu'ils avaient déjà, à l'effet qu'ils ne paient point de profit, qu'elle leur soit propre; mais il ne s'ensuit pas que l'aîné prendra un droit d'aînesse dans cette portion comme dans l'autre, parce qu'il n'y avait que l'autre qui fût effectivement de la succession.

Des choses dont le défunt n'était point en tout propriétaire, et n'avait que la seule possession civile.

Quoiqu'un héritage n'appartînt point au défunt qui le possédait, l'aîné ne laisse pas d'y prendre en attendant son droit d'aînesse, tant que le propriétaire ne le réclame point; car il est censé, en attendant, appartenir à la succession du défunt qui en était en possession ; tout possesseur étant réputé propriétaire, tant que celui qui l'est effectivement ne paraît point. D'ailleurs, la coutume donnant à l'aîné la moitié ou les deux tiers, suivant le nombre des enfants, *des héritages tenus en fief*, elle ne requiert autre chose, sinon que le défunt les *tînt en fief;* il suffit donc qu'il les tînt, qu'il les possédât, pour que l'aîné puisse y exercer son droit d'aînesse.

Au surplus, l'aîné a sa portion d'aînesse dans ces héritages, de la même manière qu'ils appartenaient au défunt ; c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'ils soient réclamés par celui qui en est le vrai propriétaire. Son droit cesse, lorsque le vrai propriétaire se les est fait délaisser sur sa demande en revendication.

De là naît la question de savoir, si l'aîné qui a été obligé avec ses frères de délaisser cet héritage, aura la même portion dans l'action de garantie, contre celui qui l'a vendu au défunt, qu'il avait dans l'héritage même ? Il faut dire que non ; car cette action de garantie, quoiqu'elle ait pour objet l'héritage féodal, ne devant point se terminer à l'héritage, mais à des dommages et intérêts, ne peut être considérée comme étant en quelque façon l'héritage même, ni par conséquent comme étant quelque chose de féodal, où l'aîné peut prétendre un droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse qu'exerce l'aîné sur un héritage féodal, que le défunt possédait sans en être propriétaire, cesse, non-seulement lorsque cet héritage est revendiqué par un tiers, qui est le vrai propriétaire ; il cesse aussi si les enfants, depuis la succession échue, deviennent eux-mêmes propriétaires, *ex novâ causâ*, comme si celui qui en était effectivement le propriétaire, le leur a légué, ou s'ils sont devenus ses héritiers.

Quid, si le vrai propriétaire déclarait qu'il consent que son héritage qui a été vendu au défunt, appartienne à ses enfants, et qu'il approuve la vente qui leur en a été faite ? Dumoulin fait une distinction : si celui qui a vendu l'héritage au défunt, l'avait vendu, quoique sans pouvoir, au nom de ce vrai propriétaire, en ce cas il convient que, quoique les enfants ne deviennent propriétaires que par cette ratification, intervenue depuis la mort de leur père, néanmoins l'aîné doit conserver à toujours son droit d'aînesse dans cet héritage, parce que cette ratification du propriétaire, au nom duquel l'héritage a été vendu, a un effet rétroactif au temps du contrat, suivant la règle, *ratihabitio mandato comparatur ;* de telle manière que le défunt est censé l'avoir véritablement acheté de ce propriétaire, et l'avoir transmis dans sa succession ; sinon la propriété de l'héritage, au moins le droit résultant du contrat de vente qui lui a été fait, lequel devant se terminer, comme il s'y est effectivement terminé par la ratification, à la propriété de cet héritage, pouvait, par anticipation, passer pour l'héritage, suivant nos principes ci-dessus.

Que si la vente qui a été faite au défunt, n'a pas été faite au nom de ce vrai propriétaire, Dumoulin pense qu'en ce cas, l'héritage doit appartenir aux enfants par portions égales, à moins que l'aîné ne justifiât que le propriétaire qui a fait cette déclaration, a eu une autre intention. La raison est qu'en ce cas, les enfants ont cet héritage, non en vertu de la vente qui a été faite à leur père, mais *ex novâ causâ ;* le consentement que donne en ce cas le propriétaire ne pouvant pas passer pour une ratification qui ait un effet rétroactif au contrat de vente, qui n'a point été fait en son nom.

Si, depuis la mort, le propriétaire, dont le défunt possédait l'héritage, était devenu l'héritier de celui qui l'a vendu au défunt, il n'est pas douteux, en ce cas, que l'aîné conserverait son droit d'aînesse dans cet héritage ; car il ne résulte pas de cet événement une acquisition que fassent les enfants de cet héritage, *ex novâ causâ ;* mais il en résulte seulement un obstacle contre la revendication que le propriétaire en aurait pu faire, chacun des enfants en doit profiter pour la part dont chacun d'eux est saisi, l'aîné pour la sienne qui est plus grande, et les puînés pour la leur.

§ IV. *En quoi consiste le droit d'aînesse sur les héritages qui y sont sujets ?*

Le droit d'aînesse consiste :—1° Dans un manoir, c'est-à-dire, une maison à demeurer, que l'aîné a droit de choisir parmi toutes celles de la succession ; —2° dans une certaine quantité de terre, réglée par les coutumes, autour dudit manoir ;—3° dans une portion avantageuse dans le surplus des biens nobles, que

nos coutumes de Paris et d'Orléans règlent à deux tiers, quand il n'y a que deux enfants, et à la moitié, quand il y en a un plus grand nombre.

Du manoir.

Nos coutumes entendent par *manoir* une maison à demeurer. C'est pourquoi, s'il se trouve dans la succession une grange seule, ou un moulin seul, l'aîné ne pourrait pas prendre cette grange ni ce moulin pour son manoir; car une grange et un moulin n'étant pas faits pour la demeure des hommes, ne peuvent passer pour manoir.

Que si le moulin contenait une chambre pour la demeure du meunier, il pourrait passer pour manoir.

Le terme de *manoir* comprend tant les maisons de ville que de campagne: l'aîné peut choisir une maison de ville, aussi bien qu'une maison de campagne, lorsqu'il s'en trouve dans la succession. La coutume dit que *l'aîné a le manoir, ainsi qu'il se comporte et poursuit.*

Par ces termes, *ainsi qu'il se comporte,* elle entend que l'aîné le prend en l'état qu'il est. S'il est en mauvais état de réparations, il ne peut pas prétendre en être récompensé, ni que ses puînés soient tenus de contribuer à le réparer.

Par ce terme *poursuit,* la coutume entend que l'aîné a tout ce qui fait partie dudit manoir, tout ce qui est au nombre de ses appartenances et dépendances.

Néanmoins, si dans ce que renferme le manoir, il y avait quelque petit terrain qui ne fût pas en fief, il n'appartiendrait pas à l'aîné, qui devrait faire, en ce cas, raison à ses puînés des parts viriles qui appartiennent à chacun d'eux dans ce terrain; car l'aîné ne peut exercer son droit d'aînesse que sur ce qui est tenu noblement.

Il ne peut pas y avoir de difficulté sur ce qui compose un manoir de ville et en fait partie, si ce n'est peut-être sur certaines choses, dont on doute si elles sont meubles, ou si elles font partie d'une maison. *V.* à cet égard, le *Traité de la Division des choses.*

A l'égard de ce qui compose un manoir de campagne, la coutume de Paris, art. 13, s'en explique. Elle dit: *le château ou manoir principal, et basse cour attenante et contiguë destinée à icelui, encore que le fossé du château, ou quelque chemin, fût entre deux.*

Le manoir est donc composé:—1° Du château ou logis du maître (*prætorium*), offices, cuisines, écuries, remises;—2° la cour de ce château, contenue dans le circuit des murs ou fossés;—3° les fossés, car ils font partie du château, dont ils composent la clôture.

S'il y a de l'eau et du poisson dans les fossés, ce poisson appartient à l'aîné, comme faisant partie des fossés, et par conséquent du manoir. *V.* le *Traité de la Division des choses* en meubles et immeubles.

4° La basse-cour, ce qui comprend les bâtiments destinés pour l'exploitation des terres, tels que sont les granges, pressoirs, étables, bergeries, logis des serviteurs et servantes de labour.

La coutume de Paris a fort bien observé que la basse-cour ne laissait pas d'être censée faire un seul manoir avec le château, quoiqu'il y eût un chemin public entre l'une et l'autre.

L'ancienne coutume de Paris réputait aussi le jardin, quelque grand qu'il fût, faire partie du manoir, et l'accordait à l'aîné. Elle s'exprimait ainsi, art. 8: *Le fils aîné prend le principal manoir avec le jardin selon sa clôture, tenu en fief; s'il n'y a jardin, un arpent.*

La coutume réformée de Paris, a restreint le droit de l'aîné, par rapport au jardin, à un arpent, par ces termes de l'art. 13, *et outre, un arpent de terre de l'enclos ou jardin.*

Cette restriction de la coutume de Paris, doit être suivie dans les coutumes

qui ne s'en expliquent pas ; et elle est d'autant plus nécessaire, que le luxe, qui augmente de jour en jour, porte les particuliers à se faire des jardins et des parcs d'une étendue immense. *Jam pauca aratro jugera regiæ moles relinquent.*

Cela ne peut pas faire de question dans notre coutume, qui suppose assez clairement, en l'article 96, que l'aîné ne peut avoir plus d'un arpent en jardin ou enclos, lorsqu'elle dit : *Si ès successions y a un seul fief, consistant seulement en un manoir, avec basse-cour et enclos d'un arpent......*

Il n'est pas douteux que le four ou pressoir, qui n'est destiné que pour l'usage du père de famille, et qui se trouve dans l'enclos que renferme le manoir, fait partie de ce manoir, et appartient en entier à l'aîné. En est-il de même d'un four ou d'un pressoir banal ? Les coutumes de Paris, art. 14, et d'Orléans, art. 92, distinguent fort bien le corps du four ou du pressoir, et le droit de banalité ; elles décident que le corps du four ou du pressoir se trouvant dans l'enclos du manoir, en fait partie, et en conséquence appartient en entier à l'aîné ; mais qu'il n'a que sa portion avantageuse des deux tiers ou de la moitié, suivant le nombre des enfants, dans le droit de banalité, parce que ce droit est un être intellectuel, une chose incorporelle distinguée du corps du four ou du moulin où ce droit s'exerce, et qui ne fait point, par conséquent, partie du manoir.

Lesdites coutumes, auxdits articles, décident la même chose pour le moulin, quoique non banal, qui se trouverait situé dans l'enclos que renferme le manoir; elles décident que le corps dudit moulin appartient bien en entier à l'aîné ; mais que le profit qui se retire dudit moulin, ne lui appartient point en entier, et se partage comme le reste des biens féodaux, entre lui et ses frères et sœurs. La raison est que l'aîné ne peut prétendre comme dépendance du manoir, que ce qui est destiné pour l'usage du père de famille; or, un moulin n'est pas destiné pour l'usage du père de famille, il ne sert pas à moudre seulement ses grains, mais il est destiné à moudre pour le public, et à produire un revenu comme les autres parties intégrantes du fief.

Il n'en est pas de même d'un colombier. Un colombier est destiné pour l'usage du père de famille, et ce n'est que par accident qu'il s'afferme, lorsque le père de famille n'étant pas sur le lieu, n'en peut pas jouir par lui-même. C'est pourquoi nulle difficulté que les puînés n'y peuvent rien prétendre.

Nos coutumes accordant part aux puînés dans les revenus du moulin banal ou non banal, et dans ceux du four et du pressoir banal, il s'ensuit que ces puînés qui ont part au profit, doivent porter une part proportionnée dans les charges. Nos coutumes, aux articles ci-dessus cités, s'en expliquent ; *et sont tenus les puînés contribuer aux frais de moulans, tournans et travaillans dudit moulin, corps du four et pressoir, et ustensiles d'iceux.*

Qu'entendent les coutumes par ces termes, *contribuer aux corps de four et pressoir ?* Est-ce à dire qu'ils doivent contribuer aux réparations qui seraient à faire au corps de four ou pressoir, puisqu'il sert à l'exercice de la banalité, dont ils partagent les profits ? L'aîné ne pourrait-il pas même prétendre plus ; savoir, que les puînés qui, ayant part au profit de la banalité, doivent contribuer à tout ce qui sert à son exercice, lui dussent payer, pour la part qu'ils ont dans le profit de la banalité, le loyer du corps du four ou pressoir qu'il fournit seul pour l'exercice de la banalité, puisque ce corps du four ou du pressoir appartient à lui seul ? Et en ce cas, recevant le loyer, il devrait être chargé seul des réparations.

Les puînés, de leur côté, peuvent prétendre que l'aîné devant contribuer seul, pour la moitié, aux ustensiles, puisqu'il a la moitié du profit, et ne se trouvant propriétaires que d'une portion virile dans les ustensiles qui se sont trouvés dans la succession, lesquels sont des meubles, il doit racheter d'eux ce qui manque de la portion pour laquelle il doit contribuer auxdits ustensiles, ou leur en payer le loyer.

Quoique les coutumes accordent aux puînés leur part dans les revenus des fours et pressoirs banaux, et du moulin banal ou non banal, elles permettent néanmoins à l'aîné de retenir le total, en récompensant ses puînés, soit en héritages de la succession, soit en deniers.

On ne doit pas comprendre parmi ce qui fait partie du manoir, les droits de justice et de mouvances féodales et censuelles. Il est vrai que l'exercice de ces droits se fait au château ou principal manoir; mais ces droits sont en eux-mêmes quelque chose de très différent du château, puisque ce sont des êtres incorporels et intellectuels; ces droits sont des parties intégrantes du fief, dans lesquelles l'aîné n'a droit d'avoir que sa portion avantageuse, comme dans le reste du fief. Il est néanmoins de la prudence du commissaire au partage de ne les pas diviser, et de les assigner en entier dans le lot de l'aîné en récompensant les puînés en autres héritages.

A l'égard du droit de patronage, Duplessis pense qu'il doit appartenir à l'aîné en entier; ce n'est pas qu'il fasse partie du manoir; car il est attaché à l'universalité de la terre, mais c'est que ce droit est indivisible, et qu'il consiste en des honneurs qui ne sont point appréciables à prix d'argent.

Les coutumes, outre le manoir, accordent encore à l'aîné une certaine quantité de terres autour du manoir, qu'elles appellent *vol de chapon*, comme qui dirait ce que peut parcourir de terre un chapon volant. Cette quantité de terre est différemment réglée par les coutumes; celles de Paris et d'Orléans le fixent à un arpent.

Voici comme s'explique celle de Paris : *Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir...; et en outre à lui appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant il y en a.*

Lorsque le jardin ou enclos est spacieux, l'aîné ne peut donc y prendre qu'un arpent, et cet arpent doit être pris dans le terrain le plus proche du manoir, suivant qu'il résulte de ces termes, *joignant ledit manoir.*

Si le jardin ou enclos joignant le manoir, contenait moins d'un arpent, l'aîné devrait s'en contenter, et ne pourrait point prétendre de supplément; c'est ce qui résulte de ces termes, *si tant il y en a.*

Il en résulte aussi que, s'il n'y avait aucun jardin ni enclos qui dépendît du manoir, l'aîné n'aurait point de vol de chapon, et ne pourrait pas demander un arpent de terre aux environs du manoir; car la coutume lui donne, non un arpent *indefinitè,* mais un arpent de l'enclos ou jardin, *si tant il y en a;* donc s'il n'y en a point, il ne doit rien avoir.

Que s'il n'y avait point de manoir, la coutume de Paris, art. 18, lui accorde un arpent de terre où il voudra, au lieu de manoir. *S'il n'y a manoir principal en un fief.... ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre en tel lieu qu'il voudra.....*

C'est une question s'il ne peut prendre, en ce cas, qu'un arpent de terre nue. Dumoulin, sur l'art. 11 de l'ancienne coutume de Paris, gloss. 1, nº 1, suppose qu'il peut prendre cet arpent en vignes, en pré, aussi bien qu'en terres d'autre nature. Il fait plus de difficulté à l'égard des terres plantées en bois de haute-futaie; néanmoins il décide qu'il peut prendre son arpent en cette nature, non pas néanmoins indistinctement, mais seulement dans le cas où il resterait dans la succession assez de bois de haute-futaie, pour que les cadets en eussent au moins pour eux tous un arpent.

A l'égard d'une terre où on aurait fait un étang, ou dans laquelle on aurait ouvert une mine ou une carrière, ou sur laquelle il y aurait un moulin, ou quelque autre édifice construit, il convient que l'aîné n'y peut prendre son arpent, à moins qu'il n'offrît de transférer, à ses dépens, l'étang ou l'édifice dans un autre lieu aussi commode. Ses raisons sont que ces termes de la coutume, *peut avoir un arpent de terre,* ne signifient pas un terrain bâti, ou sur lequel on ait établi des ouvrages, tels que sont des mines et des carrières. *Debet intelligi de simplici spatio terræ.* Il tire encore un argument de ces

autres termes de la coutume, *où il n'y a que terres labourables*, pour en conclure que la coutume a entendu que cet arpent serait *de terrâ arabili, non autem quandò alia notabilis qualitas accederet excedens valorem, et rationem simplicis terræ. Facit* (ajoute-t-il), *quod in materiâ strictâ appellatione simplici, non venit simplex qualificatum.*

Ceux qui ont écrit depuis Dumoulin sur la coutume de Paris, Brodeau, Ricard, Lemaître, ont encore restreint son sentiment. Ils prétendent que l'aîné ne peut prendre son arpent en bois, en pré, en vignes, qu'à défaut de terres labourables. Les raisons même de Dumoulin, rapportées ci-dessus, peuvent servir à établir ce sentiment, qui serait encore beaucoup plus incontestable, s'il était vrai, comme ils le conjecturent, que l'esprit de la coutume, en accordant à l'aîné cet arpent, a été de lui donner une place pour se construire un manoir, n'en trouvant point dans la succession.

Observez que cet arpent de terre n'étant accordé, par la coutume, qu'à défaut d'un manoir, s'il s'en trouve un dans la succession, quel qu'il soit et en quelque mauvais état qu'il soit, il doit s'en contenter, et il ne serait pas recevable à le laisser pour prendre ailleurs un arpent de terre. C'est ce qui résulte de ces termes de la coutume, *s'il n'y a manoir principal.* Dumoulin décide ainsi, article 18, gloss. 1, *in principio.*

Il résulte des mêmes termes, comme l'observe Dumoulin, *dicto loco,* qu'une cabane de berger ne peut passer pour manoir.

Passons à la coutume d'Orléans. Elle s'explique ainsi touchant le vol du chapon, *prendra un manoir..... avec le vol du chapon estimé à un arpent de terre, à l'entour dudit manoir, s'il y a tant de terre féodale joignante ledit manoir.*

Cet arpent de terre se prend dans le jardin ou enclos, s'il y en a un qui dépend du manoir; s'il n'y en a point, l'aîné ne laissera pas de prendre cet arpent, s'il se trouve de la terre joignant le manoir suffisamment pour fournir ledit arpent. Pareillement, si le jardin est de moindre contenance, il pourra prendre de quoi parfaire l'arpent dans la terre féodale joignante.

Pour fournir cet arpent, on doit, comme l'observe Delalande, poser la chaîne en dehors des fossés, ou autre clôture du manoir; si le manoir n'a point de clôture, on pose la chaîne au pied du mur de la maison.

L'aîné prend cet arpent, en quelque nature de terre que se trouve la terre joignant le manoir, soit en vignes, soit en verger, soit en futaies, etc.

La terre ne laisse pas d'être censée joignant le manoir, quoiqu'il y ait un chemin public entre l'un et l'autre.

L'arpent de terre est accordé à l'aîné par notre coutume, comme un accompagnement et un accessoire du manoir; c'est pourquoi s'il n'y a point de manoir, l'aîné ne pourra prétendre rien pour le vol du chapon. C'est ce qui résulte de ce terme, *avec le vol,* etc. C'est le sentiment de Delalande et de l'auteur des notes de 1711. Notre coutume n'a point adopté la disposition de la coutume de Paris, qui donne un arpent de terre à défaut de manoir.

Il nous reste à observer que cet arpent se règle suivant la mesure qui a lieu dans le territoire où le manoir est situé.

Si l'aîné peut prendre pour son manoir la créance d'un manoir, ou une rente à prendre sur un manoir.

La créance d'un héritage, lorsqu'elle doit se terminer à avoir l'héritage, étant, suivant que nous l'avons déjà observé, considérée, par anticipation, comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle doit se terminer; il s'ensuit que, si quelqu'un a laissé dans sa succession la créance d'un manoir féodal, *putà,* s'il a acheté une maison tenue en fief qui ne lui a point été livrée de son vivant, son fils aîné pourra prendre pour son manoir

cette créance, et se faire livrer par le vendeur la maison qu'il a vendue au défunt.

C'est une autre question, si l'aîné peut prendre pour son manoir une rente seigneuriale qui se trouve dans la succession à prendre sur un manoir : *Finge*, une personne donne à rente une maison féodale, en s'en retenant la directe et la charge d'en porter la foi, et laisse cette rente dans sa succession; l'aîné pourra-t-il la prendre pour son manoir? Notre coutume, article 93, décide qu'il le peut; la raison est que la seigneurie directe du manoir, sur lequel la rente est à prendre, étant attachée à cette rente, cette rente peut, en quelque façon, être considérée comme le manoir même sur lequel elle est à prendre, puisque celui à qui appartient cette rente est le seigneur direct de ce manoir.

Notre coutume se contente même qu'il reste une masure, ou apparence de manoir sur laquelle cette rente soit à prendre, pour que l'aîné puisse prendre cette rente à la place d'un manoir.

Suivant ce même principe, elle décide en l'article suivant, que si la rente seigneuriale est à prendre tant sur un manoir que sur des terres qui en dépendent, l'aîné pourra prendre, en ce cas, dans cette rente, au lieu et place de manoir, une portion de cette rente, proportionnée à ce qu'est le manoir et vol de chapon, par rapport aux autres terres sur lesquelles la rente est à prendre, sauf à partager avec ses puînés le surplus de ladite rente, comme se partagent les biens féodaux.

Ces dispositions de nos coutumes d'Orléans, doivent-elles être suivies dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas? Je ne le pense pas. Le manoir est donné par les coutumes à l'aîné pour l'habiter, et par conséquent, les coutumes n'ont entendu parler que d'un manoir en nature, et non pas d'une rente à prendre sur un manoir. La question peut souffrir difficulté, et M. R. est d'avis contraire au nôtre (M. Rousseau).

Si l'aîné peut prendre un manoir dans chacune des successions de père, mère, aïeul, etc.

Notre coutume, art. 97, a apporté une limitation au droit de l'aîné touchant le manoir, qui est, *qu'il ne peut demander prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, c'est à savoir en succession de père, ou en succession de mère.*

La coutume de Lorris, tit. 1, art. 24, contient la même disposition mot pour mot. Elle ajoute, *toutefois si lesdites deux successions avenaient audit fils, et il n'y eût qu'un manoir commun entre le père et la mère, conquêt de leur communauté, quand viendra à la succession du dernier décédé, l'aîné prendra l'autre moitié dudit manoir, qui ne seront, en ce cas, réputés que pour un manoir.*

La coutume de Dunois, art. 10, contient la même disposition et semblable explication. Après sa disposition conçue en mêmes termes que celle de notre coutume, elle ajoute, *pourvu que tel manoir soit entier.*

Cette explication doit-elle être suivie dans notre coutume, et en conséquence l'aîné qui a pris par préciput la moitié d'un conquêt dans la succession du premier décédé de ses père et mère, peut-il prendre l'autre moitié du même conquêt qui se trouve dans la succession du dernier décédé? Je pense avec Delalande qu'il le peut. La coutume de Lorris n'ayant autrefois fait qu'une seule et même coutume avec la nôtre, elles doivent se servir d'interprètes l'une à l'autre. Cette interprétation est encore fortifiée par une pareille interprétation, qui se trouve dans la coutume de Dunois, voisine de la nôtre, et qui paraît en avoir emprunté beaucoup de dispositions. Cette interprétation est d'ailleurs prise dans la raison même sur laquelle paraît fondée la disposition de notre coutume, qui est que le manoir étant accordé à l'aîné pour son logement, et l'aîné n'ayant besoin que d'un seul logement, notre coutume a jugé

qu'il ne devait avoir qu'un seul manoir dans les deux successions de père et de mère, qu'elle a, à cet effet, réunies sous un même point de vue, et considérées comme une même succession. Or, le fils aîné qui, après avoir pris la moitié d'un manoir conquêt dans la succession de son père, prend ensuite dans celle de sa mère l'autre moitié de ce même manoir, se trouve n'avoir qu'un seul manoir pour les deux successions; car les deux moitiés d'un même manoir ne sont qu'un seul manoir : il n'a donc rien de plus que ce que la coutume a voulu lui accorder, savoir un manoir pour les deux successions.

S'il s'était trouvé dans la succession du premier décédé une moitié de manoir que l'aîné eût prise pour son préciput, et qu'il se trouvât dans la succession de l'autre la moitié d'un autre manoir, l'aîné pourrait-il prendre encore cette moitié de l'autre manoir? Non; de même que si, dans une même succession, il se trouvait deux manoirs qui n'appartinssent chacun que pour moitié à la succession, l'aîné ne pourrait pas prétendre les avoir l'un et l'autre : de même dans cette espèce, les deux successions de père et de mère étant considérées sous un seul point de vue, et comme une seule et même succession, il ne peut pas les prétendre l'une et l'autre; car deux moitiés d'un seul manoir font bien un seul manoir; mais les moitiés de différents manoirs ne font pas un seul manoir; ce sont deux manoirs que l'aîné aurait, à la vérité, chacun pour moitié seulement, mais il ne peut en avoir qu'un.

L'aîné qui a pris dans la succession de son père, premier décédé, un manoir, peut-il, en le rapportant, en choisir un autre dans la succession de sa mère? Les coutumes de Châteauneuf, art. 5, et d'Auxerre, art. 55, le lui permettent expressément, et je pense que c'est aussi l'esprit de la nôtre, quoiqu'elle ne s'en exprime pas. Notre coutume, comme toutes les autres, accorde à l'aîné le choix d'un manoir, en réunissant les successions du père et de la mère; elle accorde à l'aîné le choix entre les manoirs de l'une et de l'autre succession; son choix ne peut donc être consommé, que lorsque l'une et l'autre succession sont échues; car, pour qu'un choix soit consommé, il faut qu'il ait été fait entre toutes les choses entre lesquelles le choix est accordé. L. 4, et. L. 5, ff. *de Opt. leg.* Or, l'aîné ne peut faire son choix entre tous les manoirs des deux successions, tel qu'il lui est accordé, que les deux successions ne soient échues, il ne consomme donc pas son choix en prenant un manoir dans la succession du prédécédé; ce choix qu'il fait ne peut être regardé que comme un choix provisionnel, et il peut en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, en rapportant celui qu'il a pris.

Lorsque l'aîné qui a pris un manoir dans la succession du premier décédé, le laisse pour en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, il doit non-seulement rapporter à partage celui qu'il a pris dans la succession du premier, mais aussi faire raison des jouissances à ses puînés pour la part qui leur en appartient; car ce manoir n'étant pas celui qu'il doit avoir par préciput, au moyen de ce qu'il en a choisi un autre, il ne devait lui appartenir que pour les deux tiers ou moitié, selon le nombre des enfants; ayant joui du total, il doit faire raison à ses puînés des jouissances de l'autre tiers ou de l'autre moitié.

La question ne laisse pas de souffrir difficulté, M. R. pense au contraire qu'il n'est point obligé au rapport des jouissances; que la coutume, en décidant que l'aîné ne pourrait prétendre un manoir qu'une fois dans l'une ou dans l'autre succession, n'a voulu autre chose, sinon qu'il n'en eût pas deux à la fois, parce qu'il n'en a pas besoin de deux pour se loger; mais qu'elle n'a pas entendu empêcher qu'il en eût un dans la succession du prédécédé, en attendant qu'il en prît un autre dans celle du survivant, puisqu'il a besoin d'être logé en attendant. Cette interprétation me paraît faire violence au texte, qui porte en termes formels, *qu'il ne pourra avoir prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, en succession de père ou en succession de mère.*

S'il l'a dans la succession du dernier décédé, il ne peut pas l'avoir en tout dans celui du premier décédé, puisque la coutume dit *ne l'avoir qu'une fois*, et seulement dans l'une des deux successions; il ne peut donc pas même en garder les jouissances jusqu'à l'ouverture de l'autre succession.

Il y a d'autres cas où l'aîné, qui a pris un manoir, en peut prétendre un autre, au lieu de celui qu'il a pris.

1° Lorsque l'aîné a fait son choix étant mineur, et qu'il a été lésé dans ce choix; il peut se faire restituer contre ce choix. L. 7, § 7, ff. *de Min.*

2° Si le manoir qu'il a choisi lui a été évincé, parce qu'il n'appartenait point à la succession, il peut en prétendre un autre, s'il s'en trouve dans la succession. La raison en est évidente : la coutume lui accorde le choix d'un manoir de la succession; le choix erroné qu'il fait d'un manoir, qui n'en est pas, n'est pas celui que la coutume lui accorde; on ne peut donc pas dire qu'il ait consommé son choix.

Si le manoir appartenait à la succession, mais était sujet à un droit de reversion, ou à quelqu'autre cause d'éviction que l'aîné, lorsqu'il a fait son choix, n'ait su ni pu savoir, il y a lieu de penser qu'il peut encore, en ce cas, en prendre un autre; car un choix doit être fait avec connaissance pour être consommé, un choix erroné n'est pas un choix, *errantis enim nulla voluntas*. L'aîné en faisant son choix, n'a voulu choisir ce manoir qu'en tant qu'il le croyait appartenir effectivement à la succession, *aliàs non electurus*.

Si le manoir qui lui a été évincé, sans restitution de fruits, était d'un revenu plus considérable que l'autre qu'il a pris à la place, il doit faire raison à ses puînés de leur portion dans l'excédent.

La disposition de notre coutume, que nous interprétons, est établie en faveur des frères et sœurs germains de l'aîné, qui a déjà pris un manoir dans la succession de leur commun père, suivant que l'observe Dumoulin en ses notes, *si illud accepit* (dit-il) *in successione communis patris, non debet rursùs capere in successione communis matris et contrà; secùs, si parens in cujus successione accepit, non esset communis.*

Suivant ce principe, un aîné qui n'a que des frères consanguins, nés d'un autre père que lui, et des frères utérins, nés d'une autre mère, peut, après avoir pris un manoir dans la succession de son père, en prendre encore un autre dans la succession de sa mère. Ses frères utérins ne peuvent pas lui opposer qu'il en a pris un dans la succession de son père; car l'aîné ne l'a pas pris à leurs dépens, l'ayant pris dans une succession à laquelle ils n'avaient aucun intérêt.

La coutume, par cet article, a voulu que l'aîné n'eût pas l'avantage d'un double manoir sur ses frères; l'avantage du manoir qu'il a eu dans la succession de son père, n'étant pas un avantage qu'il ait eu sur ses frères utérins, que cette succession ne concernait pas, il n'aura sur eux l'avantage que d'un seul manoir, en le prenant encore dans la succession de sa mère, et par conséquent rien de plus que ce que la coutume lui accorde.

Si l'aîné qui a déjà pris un manoir dans la succession de son père, premier décédé, vient ensuite à la succession de sa mère avec ses frères et sœurs utérins, et avec un frère puîné-germain, sur lequel il a eu déjà l'avantage d'un manoir dans la succession du père, il ne pourra pas en prendre un dans la succession de sa mère, son frère puîné germain, sur lequel il a déjà eu l'avantage d'un manoir, l'en exclut, ses frères et sœurs utérins en profiteront, et auront leur portion de puîné dans le manoir de la succession de la mère. *Nec est novum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non habet, ex personâ alterius habeat.* Voyez-en des exemples dans les Pandectes, au titre *de Bonor. possess. cont. tab.* n°s 11, et 25.

Quid, si ce puîné germain renonçait à la succession de la mère, l'aîné y pourrait-il prétendre un manoir? Il semble, qu'en ce cas, l'aîné ne peut être empêché de le prendre, ses frères utérins n'ont pas droit de l'en empêcher;

son frère germain ne peut pareillement l'empêcher de prendre un manoir dans une succession à laquelle il a renoncé, n'ayant aucun intérêt de l'empêcher, puisqu'il a renoncé à cette succession. Nonobstant ces raisons, je pense que, même en ce cas, l'aîné ne pourra prendre de manoir en la succession de sa mère. Quoique le frère germain puîné ait renoncé, il suffit que la succession lui ait été déférée, pour que la succession du manoir n'ait point été déférée en total à l'aîné, mais seulement pour sa portion avantageuse; c'est-à-dire, pour la moitié; l'autre moitié a été déférée à ce frère puîné germain qui a renoncé, et aux utérins; par la renonciation de ce puîné, la succession n'est pas mise au même état que si elle ne lui eût point été déférée en tout; mais selon qu'il est décidé par les art. 310 de la coutume de Paris, et 359 d'Orléans, elle accroît à tous les autres enfants, à l'aîné comme aux autres, sans aucune prérogative d'aînesse.

L'aîné peut-il prendre un manoir dans la succession de sa mère, dernière décédée, lorsque ses puînés, avec lesquels il vient à cette succession, ont renoncé à celle du père, premier décédé? Je pense qu'il ne le peut; car, quoique ses puînés aient renoncé à la succession du père, il ne laisse pas d'être vrai que l'aîné a déjà eu sur eux l'avantage du manoir dans la succession du père, à laquelle ils n'ont peut-être renoncé qu'à cause de cet avantage; il aurait donc double avantage sur eux, s'il en prenait encore un dans la succession de la mère, ce que la coutume ne permet pas.

Il nous reste à observer que la disposition de notre coutume, qui ne permet à l'aîné de prendre qu'un seul manoir pour les successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre à celle des aïeuls; c'est pourquoi l'aîné, qui a déjà eu un manoir dans la succession de son père, ne laissera pas d'en prendre un dans la succession de son aïeul qui lui écherrait depuis. La raison est que la disposition de la coutume n'ayant parlé que des successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre hors de ces termes. C'est ce qu'a remarqué Dumoulin sur l'art. 27 de notre ancienne coutume. *Non debet fieri extensio ad successiones avi et aviæ, quia iste paragraphus exorbitat à regulâ communi consuetudinum.*

Autres cas auxquels l'aîné ne peut prétendre le préciput d'un manoir entier.

La loi coutumière qui accorde à l'aîné un manoir entier avec le vol du chapon, doit céder à la loi naturelle, qui accorde à chaque enfant une légitime dans les biens de leurs père et mère. C'est pourquoi, si, outre le manoir et le vol du chapon, il ne se trouve pas d'autres biens en suffisante quantité, les puînés peuvent se récompenser de ce qui s'en manque sur le manoir de l'aîné, qui ne l'aura pas, en ce cas, en entier. C'est la disposition de l'art. 17 de la coutume de Paris, qui, étant fondée sur la loi naturelle, doit être suivie partout.

Observez que la coutume de Paris, par cet article, permet à l'aîné de garder le total, en récompensant en argent ses puînés.

La légitime étant fixée, par la coutume de Paris, à la moitié de la portion héréditaire de chaque enfant; s'il n'y en a que deux, la légitime du puîné sera le sixième dans les biens nobles, et le quart dans les autres biens; s'il y en a plusieurs, la légitime de tous les puînés ensemble sera le quart des biens nobles, et la moitié de la portion virile dans les autres biens.

Notre coutume, art. 96, contient encore un cas, auquel l'aîné ne prend point le manoir et le vol du chapon en entier, et y a seulement sa portion avantageuse; c'est-à-dire, la moitié ou les deux tiers, selon le nombre des enfants. C'est le cas où il ne se trouverait point d'autres immeubles dans la succession.

Au reste, elle permet à l'aîné de récompenser en argent ses puînés de leurs portions.

Cet article est différent de celui de la coutume de Paris et du droit commun, en ce qu'il prive l'aîné de l'avantage du manoir, quand même il y aurait en biens meubles plus qu'il ne faut pour la légitime des puînés; notre coutume se contentant pour l'en priver, qu'il n'y ait point d'autres immeubles.

S'il y avait d'autres biens immeubles, mais en si petite quantité qu'ils ne suffisent pas pour la légitime des puînés il faudrait suivre, en ce cas, la disposition de la coutume de Paris.

Cette légitime se règle comme nous l'avons dit ci-dessus.

Cas auquel l'aîné peut avoir plusieurs préciputs de manoir dans la succession d'une même personne.

Lorsque, dans la succession d'une même personne, il se trouve plusieurs manoirs, situés dans différents territoires de coutumes qui accordent à l'aîné un manoir, l'aîné peut prendre par préciput un manoir et le vol de chapon dans chacun des territoires de ces différentes coutumes. La raison est que les coutumes sont des lois indépendantes les unes des autres : d'où il suit que chaque coutume défère la succession des biens situés dans son territoire, indépendamment l'une de l'autre, et que ce qu'une a réglé pour les biens situés dans son territoire, ne peut limiter ni modifier la succession des biens situés dans un autre territoire sur lequel elle n'a point d'empire. C'est pourquoi si, dans la succession d'une même personne, il se trouve différentes terres situées dans le bailliage d'Orléans, dans celui de Blois, et dans celui de Chartres, le fils aîné prendra le manoir que lui donne la coutume d'Orléans dans les biens de son territoire, celui que lui donne celle de Blois dans le sien, et celui que lui donne celle de Chartres. Ce sont comme autant de différentes successions d'une même personne, indépendantes, comme nous l'avons dit, les unes des autres.

De la portion avantageuse de l'aîné dans le surplus des biens nobles.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent à l'aîné, outre le manoir et le vol du chapon, une portion plus avantageuse que celle de chacun de ses puînés, dans le surplus des biens nobles.

Elle règle cette portion aux deux tiers, lorsqu'il n'y a que deux enfants appelés à la succession ; et à la moitié, lorsqu'il y en a un plus grand nombre.

De là naît une question, si on doit compter dans le nombre des enfants celui qui renonce à la succession, même gratuitement. Dumoulin sur le § 13, *gloss.* 4, décide qu'il ne doit pas être compté ; et que, lorsque de trois enfants l'un des deux puînés renonce, l'aîné doit avoir les deux tiers des biens nobles de la succession. Il semble que les termes de la coutume de Paris favorisent cette décision de Dumoulin ; car elle dit, art. 15, *quand père et mère délaissent seulement deux enfans venants à leur succession, au fils aîné appartient les deux tiers, etc.*; et dans l'article suivant, *s'il y a plusieurs enfans excédant le nombre de deux venants à leur succession, au fils aîné appartient la moitié.* Ces termes, *venans à leur succession*, employés dans les deux articles, semblent décider que, pour régler la part de l'aîné, eu égard au nombre des enfants, on ne doit avoir égard qu'à ceux qui sont *venans à la succession*, et que ceux qui y ont renoncé, ne doivent point être comptés.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut dire que le renonçant doit être compté, et que l'opinion de Dumoulin a été rejetée, lors de la réformation de la coutume de Paris, par l'art. 310, qui porte, *que la part de l'enfant qui s'abstient, accroît aux autres enfans héritiers, sans aucune prérogative d'aîneese de la portion qui accroît.* Ces derniers termes, *sans aucune prérogative d'aînesse, etc.* ont été ajoutés lors de la réformation, et condamnent clairement l'opinion de Dumoulin. Cet auteur pensait que la part du puîné qui renonçait, accroissait à l'aîné et à l'autre puîné non également, mais au prorata du droit

de chacun d'eux. *Finge*. Il y a trois enfants, l'un des puînés renonce, la portion de ce renonçant aurait été un quart ou trois douzièmes suivant Dumoulin; l'aîné qui a dans les fiefs une portion double de celle de ses puînés, doit prendre, dans cette portion du renonçant, une portion double, qui est de deux douzièmes, et le puîné l'autre douzième; ces deux douzièmes avec la moitié ou les six douzièmes qu'avait de son chef l'aîné, sont huit douzièmes, qui font justement les deux tiers; d'où il suit que l'aîné a, en ce cas, la même portion dans les fiefs qu'il aurait, si ce puîné qui a renoncé n'eût point existé du tout; et de là il suit que le puîné qui a renoncé n'est point compté, lorsqu'il s'agit de régler si l'aîné aura les deux tiers ou la moitié; mais cette opinion de Dumoulin est manifestement rejetée par l'art. 310, qui porte, *que la portion du renonçant accroît aux autres sans prérogative d'aînesse*. Pour que cette portion accroisse ainsi, il faut donc assigner à ce renonçant la portion qu'il aurait eue, s'il eût accepté la succession, laquelle portion est dans notre espèce le quart; ce quart, selon cet article, devant accroître à l'aîné et à l'autre puîné, acceptant également et sans prérogative d'aînesse; il s'ensuit que le puîné acceptant aura un quart et un huitième ou trois huitièmes, et que l'aîné aura seulement une moitié et un huitième, ou cinq huitièmes, et non pas les deux tiers; le renonçant doit donc être compté pour régler la part que doit avoir l'aîné; il suit de là que les termes de *venants à la succession*, employés dans les art. 15 et 16, ne doivent pas s'entendre *cum effectu* et dans un sens étroit, mais dans un sens large, et qu'ils doivent se prendre pour *appelés à la succession*.

Lebrun, nonobstant ces raisons, pense que, même en ce cas, aujourd'hui le puîné qui renonce ne doit point être compté, et que l'aîné qui partage avec l'autre puîné, doit prendre les deux tiers; mais ce sentiment ne se peut tirer de l'art. 310, qui décide clairement le contraire, qu'en disant que cet article ne s'entend que du cas auquel l'aîné renonce, et que la coutume n'a voulu dire autre chose, sinon que, par cette renonciation, la prérogative d'aînesse ne passait point au second fils, qui ne devenait point, par cette renonciation, l'aîné ; mais cette interprétation ne convient pas au texte qui est général, et comprend, par conséquent, le cas d'un puîné qui renonce, aussi bien que celui de l'aîné qui renonce. Si la coutume n'eût entendu parler que de ce dernier cas, elle aurait dit, *la part de l'aîné*, et non pas *la part de l'enfant*. Cet article a, comme le remarque fort bien Laurière, décidé deux questions, l'une que le droit d'aînesse de l'aîne renonçant, ne passait pas au second fils; l'autre que la part du puîné renonçant, accroissait également, *et in viriles*, à l'aîné et aux puînés, et non pas, comme l'avait pensé Dumoulin, au prorata du droit que chacun avait dans les fiefs. Cette décision est fondée en grande raison; car, suivant ce que nous verrons ci-après, ce que l'aîné a de plus que les autres dans les fiefs, il l'a à titre de préciput, et il n'a pas une portion différente de celle de ses frères et sœurs; d'où il suit qu'il ne doit pas avoir une portion différente de la leur dans la portion du renonçant, puisque, selon les principes du droit d'accroissement, l'accroissement se fait *proportionibus hæreditariis*. L. 59, § 3, ff. *de Hæred. institut.*

Notre décision doit avoir lieu pareillement dans la coutume d'Orléans, qui, dans l'art. 359, a une disposition semblable à celle de l'art. 310 de celle de Paris; il y a même moins de difficulté; car elle dit simplement, *entre trois ou plusieurs enfants;* elle ne dit pas comme celle de Paris, *venans à la succession*.

Il nous reste à observer, que l'aîné ne peut pas prétendre avoir, dans chacun des héritages féodaux, la portion avantageuse que la coutume lui accorde, et qu'il suffit qu'il ait dans le total cette portion, qui doit lui être délivrée par les commissaires qui feront le partage entre lui et les puînés, à la commodité réciproque de toutes les parties.

§ V. *A quel titre l'aîné a-t-il son droit d'aînesse?*

L'aîné ne peut prendre son droit d'aînesse qu'à titre d'héritier; il ne peut l'avoir qu'il n'accepte la succession; il en est saisi comme des autres biens de la succession.

Mais ce qu'il a, en conséquence de ce droit d'aînesse, de plus que ses puînés, n'est pas considéré comme portion héréditaire, plus grande que celle de ses puînés, mais comme un préciput légal qu'il prend hors part; et il n'est au reste censé héritier que pour sa portion virile et égale à celle de ses autres frères.

C'est par cette raison qu'il n'a pas plus que chacun de ses puînés, dans la portion de celui qui renonce à la succession, suivant que nous l'avons remarqué ci-dessus.

C'est par la même raison qu'il n'est pas tenu, plus que chacun de ses frères, des dettes de la succession, suivant que nous le verrons au chapitre cinquième.

§ VI. *Si les père ou mère peuvent donner atteinte au droit d'aînesse.*

Le droit d'aînesse est, dans tout ce qu'il contient, une légitime que la coutume accorde à l'aîné dans les biens nobles de la succession, à laquelle les père ou mère, ou autres ascendants, ne peuvent donner aucune atteinte.

La légitime de droit de l'aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l'aîné aurait eu, si le défunt n'eût fait aucune donation ni legs; mais la légitime féodale est le total que la coutume lui accorde.

La légitime féodale a, d'un autre côté, cela de moins que la légitime de droit, que celle-ci ne peut recevoir d'atteinte, non-seulement par des legs, mais ni même par des donations entre-vifs, soit qu'elles soient faites à d'autres enfants, soit qu'elles soient faites à des étrangers; au lieu que la légitime féodale peut être diminuée, ou même réduite à rien, par des dispositions ou donations entre-vifs faites à des étrangers. La raison est que la coutume n'accorde à l'aîné ce droit d'aînesse, que dans les biens nobles *qui se trouvent dans la succession du défunt*, et lui appartiennent lors de son décès; et ne lui accorde, par conséquent, aucun droit dans ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, puisqu'ils ne se trouvent plus dans la succession du défunt, et par conséquent, l'aîné n'a rien à y prétendre, et ne peut quereller ces donations.

Par la même raison, un père et une mère peuvent, par une convention avec le seigneur, commuer en censive les biens qu'ils tenaient noblement, sans que leur aîné puisse s'en plaindre; car la loi ne lui donne de droit que dans ceux qui se trouveront tenus noblement lors du décès, qui se trouveront de cette qualité dans la succession.

Peuvent-ils diminuer le droit d'aînesse, par des donations entre-vifs, de leurs héritages féodaux à leurs puînés? Il n'y a pas lieu à la question, au cas auquel le puîné donataire accepte la succession; car le puîné étant, en ce cas, obligé de rapporter à la masse de la succession l'héritage qui lui a été donné, il n'est pas douteux que cet héritage rentrant, par le rapport, dans la succession, l'aîné y exerce son droit d'aînesse; d'où il suit que la donation qui en a été faite au puîné, ne préjudicie point au droit d'aînesse.

La question tombe donc sur le cas auquel le puîné donataire se tiendrait au don qui lui en a été fait. Dumoulin, § 13, *gloss.* 3, n° 15 et 16 sur cette question, avait pensé que cet héritage ne se trouvant point dans la succession du donateur, n'était point sujet à la légitime féodale de cet aîné, qui ne lui était accordée que dans les fiefs et biens nobles de la succession, et qu'en conséquence cet aîné, qui avait d'ailleurs sa légitime de droit franche, ne pouvait quereller cette donation; à moins, ajoute cet auteur, qu'il ne parût que cette do-

nation n'eût été faite manifestement en fraude du droit d'aînesse, et n'eût eu d'autre motif que de l'anéantir; comme si un père donnait tous ses fiefs à un puîné, sans qu'aucun établissement de ce puîné, par mariage ou autrement, eût donné occasion à cette donation.

Cette opinion de Dumoulin, quoique conforme aux principes, n'a pas été suivie ; et la jurisprudence des arrêts a établi que les père et mère, quoiqu'ils pussent anéantir entièrement le droit d'aînesse par des donations entre-vifs envers des étrangers, ne pouvaient pas néanmoins y donner la moindre atteinte par des donations entre-vifs, faites à quelques-uns de leurs puînés ; que les héritages féodaux donnés aux puînés, quoiqu'ils se tinssent à leur don, devaient être compris et comptés dans la masse des biens nobles et féodaux, dont l'aîné devait avoir la moitié ou les deux tiers, eu égard au nombre des enfants outre son manoir et vol de chapon ; et que si, par rapport à la donation faite au puîné, il ne restait pas dans la succession de quoi fournir à l'aîné cette portion de biens nobles, et sa légitime de droit dans les autres biens, il pouvait quereller la donation du puîné et la faire réduire.

Il y a même lieu de penser qu'un père ou une mère ne peuvent préjudicier au droit d'aînesse, en vendant à leur puîné un héritage féodal, et qu'il doit être fait raison, dans les biens de la succession, à l'aîné, de la part qu'il aurait eue dans cet héritage, sous la déduction de sa portion virile, dans le prix que le défunt en a reçu.

Cette distinction que nous avons établie entre les dispositions faites au profit des étrangers, et celle faite au profit des puînés, n'a lieu qu'à l'égard des dispositions entre-vifs. Les dispositions pour cause de mort et testamentaire, soit qu'elles soient faites à des étrangers, soit aux puînés, ne peuvent donner atteinte à la légitime féodale de l'aîné, qui, étant à prendre sur tous les biens féodaux de la succession, est à prendre sur les biens que le défunt a légués, comme sur tous les autres biens féodaux qu'il a laissés en mourant.

§ VII *Disposition particulière de la coutume d'Orléans, qui permet aux père et mère d'exclure le droit d'aînesse dans les fiefs qu'ils acquièrent.*

L'art. 91 est conçu en ces termes : *Les nobles et non nobles, qui auront acquis et acquerront par ci-après des héritages féodaux, èsquels n'y aura justice ni vassaux, pourront, tant par le contrat d'acquisition, que par déclaration par escrit subséquente, disposer dudit fief, et ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfans, pour une fois seulement, sans aucune prérogative d'aînesse, tant pour le manoir, terres, que censives.*

On sait par tradition, que cet article fut accordé, lors de la réformation, aux instantes sollicitations des maire et échevins, auxquels se joignirent quelques-uns de la noblesse.

Cette disposition est contraire au droit commun, et particulière à notre coutume d'Orléans.

De la nature et de la forme de cette déclaration.

La déclaration que cet article de coutume permet de faire, est une ordonnance de dernière volonté, qui n'a d'effet qu'après la mort de celui qui l'a faite ; d'où il suit qu'elle est révocable jusqu'à la mort.

Si elle avait été faite par un contrat de mariage d'un puîné, elle ne serait pas en ce cas, une simple ordonnance de dernière volonté, mais une clause et condition du contrat de mariage ; et par conséquent, elle ne pourrait se révoquer au préjudice de ce puîné et de ses enfants.

Cette déclaration peut être, ou spéciale pour un certain fief, ou générale pour tous les fiefs que quelqu'un a acquis.

Elle doit se faire par écrit ; d'ailleurs, il ne faut aucune formalité ; elle peut se faire, ou par le contrat d'acquisition, ou par un acte séparé ; elle peut se

faire par testament, comme par un acte qui ne soit point revêtu des formalités testamentaires ; elle peut se faire, non-seulement par un acte par-devant notaire, mais par une écriture privée; par exemple un acquéreur peut inscrire cette déclaration sur son journal.

Il n'importe non plus en quel temps elle soit faite, il est toujours temps de la faire.

Des héritages qui sont susceptibles de cette déclaration.

Il n'y a que les simples fiefs pour lesquels on puisse faire cette déclaration ; c'est-à-dire, ceux dont il ne dépend ni justice ni vassaux.

Il y en a qui cherchent à éluder la loi, par rapport aux fiefs dont il dépend justice et vassaux, en achetant d'abord le fief, sous la réserve que le vendeur fait de la justice et des vassaux. On demande si la déclaration que fait l'acquéreur, par le premier contrat, qu'il entend que le fief soit partagé sans prérogative d'aînesse, est valable? Il y en a qui le pensent et le pratiquent. Je ne penserais pas qu'une telle déclaration fût valable. La raison s'en tire de la nature même de cette déclaration. C'est, comme nous l'avons observé, une espèce d'ordonnance de dernière volonté, qui ne se confirme qu'à la mort de celui qui l'a faite. C'est donc à ce temps de la mort qu'on doit avoir égard pour juger de sa validité. Or, elle se trouve dans ce temps par rapport à un fief qui n'en est pas susceptible, la justice et les vassaux qui dépendent de ce fief, et qui en avaient été, *ad modicum tempus*, séparés, s'y trouvant réunis.

Outre cette raison qui est de principe, il y en a une autre qui est que, s'il était permis de faire cette déclaration, en faisant des acquisitions séparées de la justice et des vassaux et du reste du fief, ce serait rendre illusoire la loi qui, en permettant de faire ces déclarations pour les simples fiefs, défend de les faire pour les fiefs dont il dépend des droits de justice et de vassaux, rien n'étant plus facile que d'acquérir par contrat séparé, au lieu d'acquérir par un même contrat.

Il y a une autre voie qui ne contient rien que de licite; c'est que l'acheteur fasse acheter par ses enfants la justice et les vassaux, et achète seulement par lui le reste du fief, lequel se trouvant, en ce cas, dans sa succession, séparé de la justice et des vassaux, sera susceptible de la déclaration qu'aura faite l'acheteur, pour le partage égal en sa succession.

Il n'y a que les fiefs que nous avons *acquis* qui soient susceptibles de cette déclaration, suivant qu'il résulte de ces termes, *qui auront acquis ou qui acquerront par ci-après*.

Il n'est pas douteux que ces termes, *qui auront acquis*, ne comprennent pas les propres, c'est-à-dire les fiefs auxquels nous aurons succédé; car acquérir est l'opposite de succéder, *acquêt* est l'opposite de *propre*.

La portion de mon cohéritier, qui m'avient par licitation, étant propre en ma personne, aussi bien que celle que j'avais de mon chef, suivant que nous l'avons vu en notre *Traité de la Division des choses*, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de cette déclaration.

C'est une question qui fait plus de difficulté, si nous pouvons faire cette déclaration pour les fiefs qui nous ont été donnés ou légués par un parent collatéral, ou par un étranger? La raison de douter est que ces héritages sont acquêts; d'où il semble suivre qu'ils peuvent être compris sous ces termes, *qui auront acquis ou acquerront*. Il faut décider, au contraire, que ces termes, *qui auront acquis*, doivent se restreindre aux acquisitions à titre onéreux[1] et

[1] Cependant *acquérir* signifie proprement *devenir propriétaire*, n'importe la cause d'acquisition, mais les mots ont la signification que l'usage détermine : et on voit ici l'origine d'un sens restreint donné au mot *acquérir*, que les rédacteurs du C. civ., imbus des idées anciennes, lui ont plus d'une fois conservé. Le terme est alors détourné de son acception ordinaire.

de commerce ; tels que la vente, l'échange, etc., et que ce n'est que par rapport aux héritages acquis à ces titres, et non point à ceux qui nous sont donnés ou légués, que la coutume permet d'ordonner le partage égal. La raison de décider se tire de la raison sur laquelle est fondée la disposition de cet article, qui a été de rendre, par ce moyen, le commerce des biens féodaux plus facile, que plusieurs personnes ne voulaient point acquérir, dans la crainte de procurer de trop grands avantages à leur aîné au préjudice des puînés. Or, il est évident que cette raison ne tombe que sur les acquisitions de commerce, et non sur les donations et legs; donc la coutume n'a eu en vue que ces acquisitions, et y doit être restreinte. Ajoutez qu'on présume que le père n'aurait pas acheté le fief, s'il ne lui eût été permis de faire la déclaration, l'aîné n'en ressent donc pas de préjudice; mais on ne peut pas dire de même qu'il n'aurait pas accepté sans cela un legs ou une donation.

Enfin, il est évident qu'un père ou une mère ne peuvent faire cette déclaration, que pour des héritages situés dans le territoire de la coutume d'Orléans : car la succession de ces héritages étant déférée par la loi du territoire où ils sont situés, la loi d'Orléans ne peut rien régler, ni rien permettre par rapport à la succession des héritages qu'elle ne défère pas.

Par qui la déclaration permise par cet article, peut-elle être faite?

Cette déclaration étant, comme nous l'avons observé, une espèce d'ordonnance de dernière volonté, qui imite les dispositions testamentaires, il suit de là : — 1° Qu'un mineur peut faire cette déclaration, pourvu qu'il ait l'âge requis par notre coutume, pour tester de ses acquêts; c'est-à-dire, l'âge de vingt ans accomplis.

2° Qu'une femme mariée peut faire cette déclaration sans être autorisée de son mari, par la même raison par laquelle nous avons vu au *Traité des Propres* qu'elle pouvait tester sans cette autorité.

Pour quelle succession?

Chacun ne peut faire cette déclaration que pour sa propre succession, et non pour celle d'un autre.

C'est pourquoi si un mari déclare qu'il veut que ces conquêts, faits durant sa communauté, soient partagés sans prérogative d'aînesse; cette déclaration n'aura d'effet que dans sa succession, pour la portion qui lui en sera échue par la dissolution et partage de la communauté, et non pour celle qui écherra à la femme; si elle ne fait une pareille déclaration pour sa succession, *nec obstat* que le mari a droit de disposer, malgré sa femme, de tous les conquêts de sa communauté, puisqu'il en est le seigneur. La réponse est, qu'il peut bien en disposer entre-vifs, mais non pas par des dispositions qui n'ont effet qu'à sa mort, auquel temps son droit sur les effets de la communauté, se restreint à la moitié; or, cette déclaration est une disposition qui n'a d'effet qu'après sa mort.

De ce qu'on ne peut faire cette déclaration que pour sa propre succession, il suit encore que, lorsque des fiefs ont été partagés également entre les enfants de celui qui les a acquis, en conséquence de la déclaration qu'il en a faite, ces mêmes fiefs ne laisseront pas d'être, par la suite, partagés avec prérogative dans la succession des enfants de cet acquéreur ; c'est ce que notre coutume entend par ces termes : *pourra ordonner qu'il sera parti également entre les enfants pour une fois seulement.*

Enfin, cette déclaration ne peut avoir lieu que pour la succession que nous transmettons à nos descendants. Une personne qui n'a que des héritiers collatéraux, ne pourrait pas ordonner pareillement que les fiefs par lui acquis, seraient réputés en sa succession comme biens roturiers, et partagés entre ses héritiers, tant mâles que femelles : car la disposition de notre coutume ne con-

cerne point les successions collatérales; c'est ce qui résulte de ces termes, *pourront ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfants*. Cet article n'a eu en vue que cette succession, suivant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, de la raison qui a porté à accorder cet article.

Observez néanmoins que, si cette déclaration était faite par un acte revêtu des formes testamentaires, elle pourrait au moins valoir *per modum legati*.

§ VIII. *Si l'aîné peut renoncer à son droit d'aînesse.*

Il n'y a pas de difficulté que le fils aîné, pourvu qu'il soit majeur, peut, après que la succession est échue, renoncer en faveur de ses puînés, à son droit d'aînesse dans le partage de la succession; mais le peut-il avant? Je ne le pense pas. Outre que cette renonciation serait une convention *de hæreditate viventis*, et par conséquent, contraire aux bonnes mœurs; c'est que, quand même cette raison cesserait, et que cette renonciation serait faite du consentement des père et mère, de la succession desquels il s'agit, il resterait encore contre cette renonciation une suspicion de défaut de liberté dans le consentement de l'aîné, qui serait présumé ne l'avoir donné que par l'ordre de ses père et mère. Or, on peut dire, en ce cas, quoique ce ne soit pas l'espèce de la loi, *non videtur consentire qui obsequitur imperio patris vel domini*.

Je pense que cette décision doit avoir lieu, quand même cette renonciation se ferait par le contrat de mariage du fils aîné, ou par celui d'un puîné. Il est vrai que la jurisprudence a permis la renonciation des filles aux successions par ces actes; mais c'est pour soutenir la splendeur du nom, en conservant aux aînés l'intégrité des biens, et cette même raison milite au contraire pour empêcher la renonciation de l'aîné à ses prérogatives d'aînesse.

§ IX. *De quelques prérogatives du droit d'aînesse.*

C'est une prérogative attachée au droit d'aînesse, que l'aîné soit dépositaire de tous les titres de la famille, tels que sont les contrats de mariage, les partages faits dans les familles, les cartes généalogiques de la famille, les titres de noblesse, etc.; il doit pareillement avoir les portraits de famille, les manuscrits du père commun, et ceux des ancêtres, ou autres personnes de la famille, les livres notés de la main du père commun, les marques de dignité du père commun ou des ancêtres.

Lorsqu'un petit-fils représentant l'aîné, vient à la succession de son aïeul avec ses oncles, et qu'il est mineur, je crois que ce dépôt doit être accordé au plus âgé des puînés, à la charge de le remettre au petit-fils aîné de la famille, lorsqu'il sera majeur, et à cet effet le puîné doit s'en charger par un inventaire.

On doit observer la même chose, lorsque l'aîné est en démence.

Si l'aîné n'avait laissé que des filles, quoique nos coutumes leur donnent le droit de représenter l'aîné, pour prendre à sa place le préciput dans le partage des biens nobles de la succession, je ne pense pas qu'elles doivent pareillement le représenter pour ce dépôt; il est raisonnable de préférer l'aîné des enfants mâles à ces filles, qui doivent passer, par leur mariage, dans des familles étrangères

SECT. II. — De la succession déférée aux ascendants.

La succession d'un défunt, à défaut d'enfants, est déférée à ses père ou mère, ou autres ascendants.

Par la novelle 118 de Justinien, les père et mère et autres ascendants, (prérogative du degré observée entre eux) sont appelés à la succession, à l'exclusion de tous collatéraux, sauf des frères et sœurs germains, lesquels concourent avec lesdits père et mère ou autres ascendants.

Par cette novelle, quoique les neveux du défunt vinssent par représentation avec les frères et sœurs du défunt, lorsqu'il n'y avait point d'ascendants, néanmoins lorsqu'il y avait des ascendants et des frères du défunt, les seuls frères du défunt concouraient avec les ascendants, les neveux, enfants des frères prédécédés, n'étaient point admis à représenter leur père; ce qui a été corrigé par la novelle 127, § 1, qui leur permet, même en ce cas, de représenter leur père, et de concourir avec les ascendants et les autres frères du défunt.

Mais ces neveux concourent-ils avec les ascendants, lorsqu'il n'y a point de frères du défunt? Il y en a qui pensent qu'ils concourent. Cujas est d'avis contraire, et son opinion me paraît plus conforme au sens de la novelle, qui ne les admet à concourir avec les ascendants, que *beneficio fratrum*, avec lesquels ils concourent par la représentation [1].

Par les coutumes de Paris et d'Orléans, les ascendants, ou excluent les collatéraux, ou sont exclus par certains collatéraux, selon que les biens sont meubles, ou acquêts, ou propres; quelquefois elles défèrent la propriété aux collatéraux, et l'usufruit seulement aux ascendants [2].

ART. Ier. — De la succession des ascendants aux meubles et acquêts, selon les coutumes de Paris et d'Orléans.

La coutume de Paris, art. 311, appelle les père et mère, et, à leur défaut, l'aïeul ou l'aïeule, et autres ascendants (la prérogative du degré observée entre eux), à la succession des meubles et acquêts de leurs enfants, morts sans enfants.

Elle diffère du droit de la novelle, en ce que par la novelle, suivant que

---

[1] A défaut de descendants, le Code appelle les frères et sœurs ou leurs descendants, lesquels excluent tous autres parents collatéraux ou ascendants, excepté les père et mère qui sont appelés chacun pour un quart. *V.* art. 748, 749, 751 et 752, C. civ.

Art. 748 : « Lorsque les père et mère « d'une personne morte sans postérité « lui ont survécu, si elle a laissé des « frères, sœurs, ou des descendants « d'eux, la succession se divise en deux « portions égales, dont moitié seule- « ment est déférée au père et à la mère, « qui la partagent entre eux également. « — L'autre moitié appartient aux frè- « res, sœurs ou descendants d'eux, « ainsi qu'il sera expliqué dans la sec- « tion V du présent chapitre. (Art. « 750 à 755, C. civ.) »

Art. 749 : « Dans le cas où la per- « sonne morte sans postérité laisse des « frères, sœurs, ou des descendants « d'eux, si le père ou la mère est pré- « décédé, la portion qui lui aurait été « dévolue conformément au précédent « article, se réunit à la moitié déférée « aux frères, sœurs ou à leurs repré- « sentants, ainsi qu'il sera expliqué à « la section V du présent chapitre. « (Art. 750 à 755, C. civ.) »

Art. 751 : « Si les père et mère de « la personne morte sans postérité lui « ont survécu, ses frères, sœurs ou « leurs représentants ne sont appelés « qu'à la moitié de la succession. Si le « père ou la mère seulement a survécu, « ils sont appelés à recueillir les trois « quarts. »

Art. 752 : « Le partage de la moitié « ou des trois quarts dévolus aux frè- « res ou sœurs, aux termes de l'article « précédent, s'opère entre eux par « égales portions, s'ils sont tous du « même lit; s'ils sont de lits différents; « la division se fait par moitié entre les « deux lignes paternelle et maternelle « du défunt; les germains prennent « part dans les deux lignes, et les uté- « rins ou consanguins chacun dans leur « ligne seulement : s'il n'y a de frères « ou sœurs que d'un côté, ils succè- « dent à la totalité, à l'exclusion de « tous autres parents de l'autre ligne. »

[2] *V.* art. 732, C. civ., ci-dessus, p. 36, note 2.

nous l'avons dit, les frères et sœurs germains du défunt concourent avec les père et mère, et, à plus forte raison, avec les autres ascendants ; au lieu que la coutume de Paris préfère les ascendants à cette succession à tous les collatéraux.

Par la novelle, lorsque l'aïeul d'un côté, putà, l'aïeul paternel se trouve concourir seul, de son côté, avec l'aïeul ou l'aïeule de l'autre côté; le partage se fait par côtés, en telle sorte que l'aïeul, qui est seul de son côté, prend seul la moitié de la succession, et l'aïeul et l'aïeule, de l'autre côté, n'ont ensemble que l'autre moitié. Ceci doit-il s'observer dans la coutume de Paris, et dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent point ? Lebrun tient l'affirmative, aussi bien que Lalande, sur notre coutume, qui ne s'en explique pas plus que celle de Paris. La coutume de Tours adopte expressément la disposition de cette novelle. Je pense, au contraire, que dans les coutumes de Paris, d'Orléans, et autres qui ne s'en expliquent point, cette disposition de la novelle ne doit point être suivie, cette disposition étant contraire à la règle générale des successions, qui les partage également entre ceux qui sont en égal degré. C'est pourquoi dans cette espèce, l'aïeul paternel et l'aïeul et l'aïeule maternels doivent partager *in capita*, chacun par tiers[1]; c'est l'avis de Ricard, de Lemaître, et il y a un arrêt du 14 février 1702.

La coutume d'Orléans est entièrement conforme à celle de Paris pour la succession des meubles. Elle la défère pareillement, à défaut d'enfants, *aux père et mère, aïeul et aïeule*, à l'exclusion de tous collatéraux, elle ne parle pas des autres ascendants, mais cela doit se suppléer. L'ancienne coutume, art. 258, les comprenait expressément; ce n'est que par oubli qu'on n'a pas fait mention d'eux dans l'article de la novelle. Ils n'en ont pas moins de droit de succéder, à défaut d'ascendants plus proches en degré, et d'exclure tous collatéraux. C'est l'avis de Lalande et de tous ceux qui ont écrit sur notre coutume.

A l'égard de la succession des acquêts, notre coutume s'est écartée de celle de Paris. Elle n'a préféré que les pères et mères aux frères et sœurs du défunt en la succession des acquêts. A l'égard des aïeuls et aïeules, elle ne leur accorde que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des frères et sœurs du défunt, et elle fait succéder lesdits frères et sœurs à la propriété.

A défaut des frères et sœurs, ils excluent tous autres collatéraux.

Il faut dire la même chose des ascendants qui sont en degré plus éloigné; ils ne doivent, à plus forte raison, avoir que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des frères et sœurs du défunt; mais, à défaut des frères et sœurs, ils excluent tous autres collatéraux [2].

---

[1] Notre Code ayant adopté une première division en deux moitiés, une pour chaque ligne (art. 733, C. civ.), il faudrait décider, au cas prévu par Pothier, que l'ascendant qui est seul dans sa ligne, aurait la moitié dévolue à cette ligne.

Art. 733 : « Toute succession échue « à des ascendants ou à des collaté- « raux, se divise en deux parts égales; « l'une pour les parents de la ligne pa- « ternelle, l'autre pour les parents de « la ligne maternelle. — Les parents « utérins ou consanguins ne sont pas « exclus par les germains; mais ils ne « prennent part que dans leur ligne « sauf ce qui sera dit à l'art. 752. (V. « ci-dessus, p. 69, note 1.) Les ger- « mains prennent part dans les deux « lignes. — Il ne se fait aucune dévo- « lution d'une ligne à l'autre, que lors- « qu'il ne se trouve aucun ascendant « ni collatéral de l'une des deux li- « gnes. »

[2] Dans la loi nouvelle, les frères et sœurs concourent avec le père et la mère, mais ils excluent tous autres ascendants : et les ascendants excluent, chacun dans leur ligne, tous les collatéraux autres que les frères et sœurs.

ART. II. — De la succession des ascendants aux propres qui ne sont pas de leur côté.

C'est une règle générale de droit coutumier, qu'en succession en ligne directe, *propre héritage ne remonte*. Paris, art. 312; Orléans, art. 314. Beaucoup d'autres coutumes contiennent la même maxime.

Elle s'entend dans un sens différent de celui dans lequel elle s'entendait autrefois. Par notre ancien droit coutumier, les ascendants ne succédaient point à leurs enfants, et même, à défaut de parents, le fisc leur était préféré. C'est ce que nous apprend Laurière sur ledit art. 312, par le témoignage de Masuer, des anciennes coutumes de Dijon, et par d'autres témoignages.

Aujourd'hui cette règle ne signifie autre chose, sinon que l'héritage propre d'une famille ne remonte point aux ascendants d'une autre famille, et que le père et autres ascendants paternels, sont en conséquence exclus de la succession des propres maternels, par les parents collatéraux de la famille à qui ses propres sont affectés, en quelque degré éloigné qu'ils soient, et que, *vice versâ*, la mère et les ascendants maternels sont exclus de la succession des propres paternels, par les parents collatéraux de la famille paternelle.

Cette décision a lieu pour les propres fictifs comme pour les propres réels.

Un père qui a épousé sa cousine, et qui, par conséquent, se trouve être de la famille maternelle de son fils, sera-t-il exclu de la succession des propres maternels de son fils, par les parents maternels qui sont plus proches en degré qu'il ne l'est dans la ligne maternelle? *Finge*. J'ai épousé ma cousine germaine, qui, en mourant, m'a laissé un fils, lequel est mort ensuite. Il se présente à la succession des propres maternels de mon fils, des cousins germains qui sont au quatrième degré; étant cousin germain de la mère de mon fils, je n'étais avec mon fils qu'au cinquième degré de la parenté maternelle, leur serai-je préféré? Quelques personnes ont pensé que je devais leur être préféré; que la règle *propre ne remonte*, n'avait d'autre objet que d'empêcher que les propres ne sortissent de famille; que dès que le père se trouve être lui-même de la famille de la mère, cette raison pour laquelle la coutume l'exclut de la succession, cesse, et que par conséquent il doit y être admis; il y a même quelque arrêt, rendu en quelque chambre des enquêtes, qui a jugé pour le père. Mais le contraire a été jugé par un arrêt de règlement de la grand'chambre, qui a décidé que, dans la succession des propres, on ne devait considérer que le degré de la parenté linéaire. C'est pourquoi dans cette espèce, le père, quoiqu'il soit lui-même dans la famille maternelle, doit être exclu par les cousins germains maternels, comme plus proches en degré que lui dans cette parenté. Cet arrêt est fondé en grande raison. Ce n'est point la qualité de père qui donne droit de succéder aux propres maternels, il n'y a que la parenté maternelle qui y donne droit; elle est donc la seule qui doive être considérée dans cette succession.

Par la même raison, le père qui se trouverait dans le même degré de parenté maternelle avec son fils, que d'autres parents maternels de sondit fils, ne doit pas les exclure; mais concourir avec eux dans la succession des propres maternels de sondit fils. Lemaître et Renusson rapportent un arrêt contraire, rendu en 1676, qui ne doit pas être suivi.

Lorsqu'il ne reste personne de la famille à qui le propre est affecté, plusieurs pensaient autrefois que le fisc devait y succéder. Cette opinion a été, avec raison, rejetée par l'art. 330 de la nouvelle coutume de Paris, qui a décidé qu'en ce cas, le plus prochain parent devait succéder, et par conséquent, en ce cas, la règle *propre ne remonte*, cesse, et le père doit succéder aux propres maternels de son fils, et la mère à ses propres paternels, de la même manière qu'ils succèdent à ses acquêts.

Cet article est très juste et très équitable. Les plus proches parents qui sont

héritiers de droit commun, ne sont exclus de la succession des propres d'une autre famille, qu'en faveur de cette famille à qui les propres sont affectés. Lorsqu'il ne reste plus personne de cette famille, la raison qui faisait exclure de cette succession les plus proches parents cesse, et, par conséquent, ils doivent y être admis. Cette disposition étant aussi juste qu'elle est, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, même dans celles qui insinueraient le contraire [1].

Tempérament apporté par les art. 314 de Paris, et 316 d'Orléans.

Les art. 314 de Paris, et 316 d'Orléans, ont apporté un tempérament à la règle qui exclut le père de la succession des propres maternels, et la mère des paternels, en accordant au survivant de deux conjoints par mariage, le droit de succéder, en usufruit à leurs enfants, aux conquêts faits pendant leur communauté quoique devenus propres naissants du côté du prédécédé en la personne desdits enfants qui y ont succédé au prédécédé.

Ces coutumes s'expliquent l'une et l'autre dans les mêmes termes.

Les père et mère jouissent par usufruit des biens délaissés par leurs enfants, qui ont été acquis par lesdits père et mère, et par le décès de l'un d'eux avenus à l'un de leursdits enfants, encore qu'ils soient et aient été faits propres auxdits enfants; au cas toutefois que lesdits enfants décèdent sans enfants et descendants d'eux, etc.

Cette succession d'usufruit est accordée comme une espèce de consolation de la perte que le survivant fait de son vivant : *In solatium luctûs*, et parce que le survivant n'est point étranger à ces biens, à l'acquisition desquels il a contribué, *In præmium collaborationis.*

A quelles personnes cette succession est-elle accordée, et en quel cas?

Cet article ne parle que des père et mère : de là naît la question de savoir si l'aïeul ou l'aïeule ont le même droit de succéder à leur petit-fils, à un conquêt de leur communauté, échu à ce petit-fils par la succession du prédécédé? Cela est indubitable dans la coutume de Paris, qui s'en explique formellement dans un autre article, qui est le 230, où, après qu'il a été dit que *la moitié des conquêts échue à un héritier du prédécédé de deux conjoints, devient le propre desdits héritiers*, la coutume ajoute, *desquels biens toutefois les père ou mère, aïeul ou aïeule, succédant à leurs enfants, jouiront par usufruit, au cas qu'il n'y ait aucun descendant de l'acquéreur.*

Quoique la coutume d'Orléans ne se soit nulle part expliquée touchant l'aïeul ou l'aïeule, néanmoins je pense que la même décision y doit avoir lieu; car les raisons qui ont fait accorder aux père et mère cette succession d'usufruit, et que nous avons rapportées ci-dessus, militent également et dans toute leur force pour l'aïeul ou l'aïeule. On doit donc décider pour eux la même chose; *ubi eadem ratio et æquitas occurrit, idem jus statuendum est.* D'ailleurs la coutume de Paris est d'une grande autorité pour l'interprétation de la nôtre.

Par la même raison, on doit décider que cet article doit avoir lieu, non-seulement à l'égard de l'aïeul, mais à l'égard de tous les autres ascendants.

Il n'est pas douteux que cette disposition de coutume ne peut avoir lieu, lorsqu'il n'y a point eu de communauté entre les conjoints, qui l'ont exclue par leur contrat de mariage. *Quid* si, par le contrat de mariage, la part de la femme, en la communauté, avait été limitée à une certaine somme qu'elle prendrait franche de dettes, la femme pourrait-elle succéder à son fils à l'usufruit des héritages acquis par son mari durant le mariage, et acquis à son

---

[1] Le Code ne reconnaît point de *propres* en matière de succession.

fils par sa succession ? Sans doute ; car cette somme stipulée au profit de la femme *pour tout droit de communauté*, est le prix de sa part en la communauté qu'elle vend à forfait ; ce qui suppose qu'il y aura une communauté entre elle et son mari : les héritages acquis pendant leur mariage sont donc vraiment des conquêts, auxquels son fils a succédé à son père, et dont la succession en usufruit lui est déférée par ces articles de coutume.

La femme qui a renoncé à la communauté, peut-elle succéder en usufruit à ses enfants, aux conquêts de la communauté ? Oui ; car, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, ces héritages n'en sont pas moins des conquêts de la communauté, il n'y en a pas moins eu une communauté ; et bien loin que sa renonciation empêche qu'il n'y ait eu une communauté, comme le dit Lebrun (liv. 1, ch. 5, sect. 3, n° 3), au contraire elle le suppose ; car on ne renonce pas à ce qui n'est pas, la femme n'en a pas moins contribué, par son ménage, à l'acquisition de ces héritages, et elle ne doit pas être privée de cette succession.

Les père et mère ne succèdent à leurs enfants à cet usufruit, qu'*au cas que lesdits enfants décèdent sans enfants ou descendants d'eux.*

Ces termes, *ou descendants d'eux*, sont amphibologiques : S'entendent-ils d'*eux enfants* ou d'eux père ou mère, en telle sorte que le survivant des père et mère ne puisse succéder à cet usufruit, à son enfant, qu'à défaut d'enfants de cet enfant ; mais même qu'à défaut de collatéraux de cet enfant descendus d'eux père et mère ; c'est-à-dire, à défaut des frères et sœurs, neveux et nièces de cet enfant ? Cette dernière interprétation ne souffre pas de difficulté dans la coutume de Paris ; elle la fait elle-même en termes formels en l'art. 230, par ces termes que nous avons ci-dessus rapportés, *au cas qu'il n'y ait aucuns descendants de l'acquéreur.*

Nous n'avons point admis cette interprétation contenue en l'art. 230 de celle de Paris. La raison en est que cette succession d'usufruit et la disposition de coutume qui l'accorde, étant des plus favorables, on doit l'interpréter plutôt dans un sens qui l'étende, que dans un sens qui la restreigne. Si notre coutume eût eu l'intention que les père et mère fussent exclus par les frères et sœurs du défunt, de la succession accordée par cet article, elle s'en serait expliquée, comme elle a eu soin de le faire, dans le cas de l'article suivant.

Dans la coutume de Paris, les frères qui excluent le survivant de deux conjoints de cette succession d'usufruit, doivent-ils être nés de leur mariage ? *Putà* : une femme en mourant laisse un fils de son premier mariage et un d'un précédent lit, ce fils meurt après elle, son frère utérin exclura-t-il le survivant de la succession d'usufruit des conquêts de sa communauté, auxquels son fils a succédé à sa mère ? La raison de douter est que la coutume dit, « au cas qu'ils décèdent sans enfants et *descendans d'eux*, père et mère ». Or, ce frère utérin n'est pas descendu *d'eux*, il n'est descendu que de l'un d'eux ; il n'est donc pas de ceux à qui la coutume a donné l'exclusion sur le survivant, pour la succession de l'usufruit.— Il faut néanmoins décider que ce frère utérin doit exclure le père de la succession de l'usufruit, il ne faut pas tant avoir égard aux termes de l'art. 314, qui ne sont pas clairs, qu'à ceux de l'art. 230 qui sont clairs, et où la coutume s'est expliquée correctement. Or, par cet art. 230, il est dit, *au cas qu'il n'y ait aucuns descendans de l'acquéreur.* Il suffit donc, selon cet article, que le frère utérin soit descendu de la mère commune, qui a acquis les conquêts qu'elle a transmis par sa succession au défunt, ce frère utérin a un même droit aux propres, venus à son frère du côté de leur mère commune, qu'en aurait un frère germain, la mère les a acquis également pour tous ses enfants ; et, par conséquent, il doit avoir le même droit de succéder à la pleine propriété qu'aurait le frère germain.—Lebrun, qui est néanmoins de notre avis (*ibid.*, n° 9), propose une objection qui ne mérite pas de réponse. Il dit que cette succession de l'usufruit tient lieu d'un don mutuel, que les conjoints n'ont pu se faire, parce qu'ils avaient des enfants ; que la condition des conjoints, par cette succession d'usufruit, doit donc être égale, de même que le doit

être un don mutuel, et qu'elle ne le serait pas, si l'un des conjoints, qui n'a point d'enfants d'un précédent lit, pouvait être exclu de cette succession d'usufruit par les enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint. Ce raisonnement n'est pas juste; car, quelle comparaison peut-il y avoir d'une succession à un don mutuel?

Quels sont les héritages dont l'usufruit est accordé au survivant par ces articles?

La coutume par ces articles accorde, comme nous l'avons vu, au survivant de deux conjoints, le droit de succéder à leurs enfants à l'usufruit *des héritages qui ont été acquis par eux*, et par le décès de l'un d'eux, advenus à leursdits enfants; c'est-à-dire, à l'usufruit des conquêts de leur communauté, dont une portion, par le décès de l'un d'eux, a passé à leurs enfants, et a été faite propre naissant du côté du décédé, en la personne de leursdits enfants.

Quoiqu'il soit intervenu une sentence de séparation de biens, les héritages acquis avant la séparation n'en sont pas moins dans le cas de cet article; ils ont été acquis par les père et mère; ils sont conquêts de la communauté qui a duré entre eux jusqu'à la séparation. C'est pourquoi la mère survivante succédera à son fils à l'usufruit de ses héritages qu'il aura eus de la succession de son père.

Il en est autrement de ceux acquis depuis la séparation, à moins que les conjoints ne se fussent remis ensemble; car, en ce cas, la séparation est détruite, comme s'il n'y en avait jamais eu; et les héritages acquis, soit par l'un, soit par l'autre des conjoints, pendant le temps intermédiaire, sont vrais conquêts de la communauté.

Le survivant pourrait-il succéder à l'usufruit des propres ameublis par le prédécédé, qui auraient passé à ses enfants par le décès du prédécédé? Il semble que non : — 1° parce qu'ils ne paraissent pas renfermés dans les termes de la coutume : *à l'usufruit desdits héritages qui ont été acquis par lesdits père et mère*. Ces termes paraissent ne comprendre que les conquêts réels, qui ont été véritablement acquis dans la communauté par les père et mère, et non les propres ameublis et apportés en communauté par l'un des conjoints, à qui ils appartenaient dès avant le mariage, et qui n'ont point, par conséquent, *été acquis par lesdits père et mère* ensemble; c'est pourquoi *deficiunt verba consuetudinis;* — 2° *deficiunt etiam mens et ratio consuetudinis;* car, comme nous l'avons observé d'abord, et comme l'observent tous les commentateurs, cette succession d'usufruit a été accordée au survivant, *in præmium collaborationis*, pour le récompenser de ce qu'il avait contribué, par son travail, à l'acquisition de ces biens. Or, cette raison ne peut s'appliquer aux propres ameublis par la femme prédécédée, le mari n'ayant contribué en rien à leur acquisition; — 3° l'ameublissement est une fiction qui ne doit avoir d'effet que pour le cas pour lequel elle est faite, *fictio non debet operari ultrà casum*. Or, la fiction de l'ameublissement n'est faite que pour le cas de la communauté, afin que le mari ait la liberté de disposer, durant le mariage, des propres ameublis par sa femme, comme des autres effets de la communauté; mais cette fiction de l'ameublissement n'a pas lieu pour le cas de la succession des enfants; il n'est pas même présumable que les conjoints aient prévu un cas si triste, par conséquent, les propres ameublis ne doivent plus être regardés comme conquêts dans la succession des enfants, et le père survivant n'en peut prétendre l'usufruit.—Nonobstant ces raisons, la jurisprudence des arrêts a établi que le survivant succéderait en usufruit à ses enfants, aux propres ameublis par le conjoint prédécédé, de la même manière qu'aux conquêts réels. Il y a deux arrêts qui l'ont jugé en notre coutume d'Orléans, en infirmant des sentences du bailliage. La raison de cette jurisprudence, est que l'ameublissement que l'un des conjoints fait de ses propres, se faisant en faveur de l'autre conjoint, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, non-seulement dans le cas du

partage ou de la disposition des effets de la communauté, mais généralement dans tous les cas où il est de l'intérêt du conjoint, au profit duquel cet ameublissement a été fait, que ce propre ameubli soit regardé comme un conquêt; et par conséquent, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, et le propre ameubli doit passer pour conquêt dans la succession des enfants, aussi bien que dans tous les autres cas, le survivant ayant intérêt qu'il soit réputé tel pour y succéder en usufruit. *Nec obstat,* que la coutume dit *à l'usufruit des héritages* QUI ONT ÉTÉ ACQUIS *par lesdits père et mère :* car, si les propres ameublis par la femme n'ont pas été réellement par nous acquis, il suffit que, par la fiction de l'ameublissement, ils soient réputés tels. *Tantùm operari debet fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.*

Cette décision doit avoir lieu, quand même leurs enfants auraient renoncé, comme héritiers de leur mère, à la communauté, et auraient succédé aux propres ameublis par leur mère, en vertu de la clause; «qu'en cas de renonciation à la communauté, la femme et les siens reprendraient ce qu'elle y a apporté»; car leur renonciation n'empêche pas qu'il y ait eu une communauté, et que ces propres ameublis en aient fait une partie; au contraire elle le suppose.

Si le survivant succède en usufruit à ses enfants aux propres ameublis par le prédécédé, à plus forte raison doit-il succéder à l'usufruit de ceux qu'il a ameublis lui-même, et dont une portion a passé à ses enfants par le décès de l'autre conjoint; car le survivant a plus que contribué à les acquérir à la communauté, puisque c'est lui qui les y a mis.

Si le père survivant n'a ameubli aucun corps certain à la communauté, mais y a ameubli indéterminément ses immeubles jusqu'à concurrence de 20,000 liv. et que cet apport n'ait point encore été fourni ni déterminé, les enfants de leur mère prédécédée sont, pour raison de cet apport de leur père, créanciers de lui d'héritages jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme, cette créance ayant des héritages pour objet, est une créance immobilière que la communauté avait contre le survivant, qui appartenait pour moitié à la femme comme commune, qui dans la personne des enfants est un propre naissant du côté de leur mère, de la succession de qui ils l'ont eu, auquel leur père survivant doit lui succéder en usufruit, conformément à ces articles.

Que si le mari avait simplement apporté en communauté une somme de 20,000 liv., à prendre sur tous ses biens, meubles et immeubles, la créance que ses enfants, comme héritiers de leur mère prédécédée, auraient contre lui, pour raison de cet apport, serait une créance mobilière, dont il serait héritier de ses enfants en pleine propriété.

Si la femme prédécédée, au lieu d'ameublir un corps certain, avait promis apporter en communauté ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme; *putà,* de 20,000 liv., et que cet apport n'eût point été déterminé à la mort de l'enfant, il n'est pas douteux que le père, comme créancier pour raison de cet apport, de sa femme, et conséquemment de ses enfants, héritiers de leur mère, a droit de se faire délivrer dans les héritages maternels, pour 10,000 liv. d'héritages qui lui sont dus pour la moitié de cet apport. La question est de savoir, s'il peut demander l'usufruit des dix autres mille livres en héritages maternels, comme ayant droit de succéder en usufruit à la portion que ses enfants ont eue, comme héritiers de leur mère dans l'apport de leur mère? Je ne le pense pas. La raison est que cet apport n'ayant point été déterminé à un corps certain, le droit de la communauté résultant de cet apport, ne consistait en aucun droit de propriété, que la communauté eût d'aucun corps d'héritage de la femme, il ne consistait que dans une créance. Or, il s'est fait confusion et extinction de cette créance de la communauté pour la moitié que les enfants, comme héritiers de leur mère, en étaient débiteurs, et devaient avoir en cette créance; il ne se trouve donc plus rien d'existant, dont le survivant puisse prétendre la succession en usufruit.

Il y a encore moins de difficulté, si la femme prédécédée avait apporté une somme de 20,000 liv. à prendre sur ses immeubles, ce serait une pure dette mobilière, confuse et éteinte pour une moitié, et dont la succession de l'enfant, héritier de sa mère, serait tenue pour l'autre moitié envers le père survivant

Le survivant succède-t-il en usufruit aux conquêts de sa communauté, que son enfant a eus de la donation qui lui en a été faite par le prédécédé, et à laquelle cet enfant s'est tenu? La raison de douter se tire des termes de l'article 316 de notre coutume : *Jouissent par usufruit des héritages acquis par lesdits père et mère, et par le décès de l'un d'eux, avenus à l'un desdits enfants.* Or, dira-t-on, dans cette espèce, les héritages ne sont pas advenus à cet enfant par le décès de celui des conjoints qui a prédécédé; par conséquent, *deficere videntur verba consuetudinis,* et la disposition de coutume ne doit point avoir lieu. Nonobstant ces raisons, il faut décider que le survivant succède en usufruit. Il n'y a aucune raison pour laquelle la coutume aurait accordé au survivant la succession en usufruit de ce conquêt, plutôt dans un cas que dans l'autre; d'où il résulte que ces termes, *et par le décès de l'un d'eux avenus*, ne doivent pas se prendre *restrictivè;* mais comme énonçants la voie la plus ordinaire, par laquelle ces conquêts passent de la personne du prédécédé en celle de ses enfants.

Si un conquêt, par la mort du prédécédé des deux conjoints, a passé à son fils, ensuite, par la mort du fils, au petit-fils, le survivant y succédera-t-il en usufruit à son petit-fils? La raison de douter se tire encore des termes de la coutume.Ce conquêt n'est pas advenu au petit-fils de la succession du prédécédé des deux conjoints, au moins immédiatement; il n'est pas un simple propre naissant en la personne de ce petit-fils, mais un propre avitin du côté de son aïeul, qui a souché déjà deux fois en la famille, et qui, par conséquent, y doit être plus fortement affecté; et, en conséquence, il n'y a pas même raison d'en accorder l'usufruit au survivant. Nonobstant ces raisons, je pense que l'aïeul survivant doit, en ce cas, succéder à l'usufruit; je ne vois pas qu'il y ait moins de raison pour lui accorder l'usufruit, dans le cas auquel la portion des conquêts du prédécédé n'a passé que par le canal du fils, que dans le cas auquel elle lui serait passée directement. Les deux raisons pour lesquelles cette succession lui est accordée, *ratione collaborationis, et in solatium liberorum amissorum,* se rencontrent également dans l'un et l'autre cas; au contraire ayant, depuis la mort de la femme, souffert une double perte, et de son fils et de son petit-fils, il est d'autant plus digne de consolation.

Cette succession de simple usufruit ne fait point sortir l'héritage de la famille de l'aïeule. Cela fait tomber l'autre raison de douter, tirée de ce que l'héritage est affecté à la famille de l'aïeule.

A quel titre le survivant a-t-il l'usufruit qui lui est accordé par cette disposition de coutume?

Cet usufruit est accordé au survivant à titre de succession; suivant qu'il résulte des termes de l'art. 230 de Paris, *desquels biens toutefois les père ou mère, aïeul ou aïeule, succédans à leurs enfans, jouiront......* C'est pourquoi il faut qu'il se porte héritier de son enfant, et il est tenu des dettes de la succession, au prorata de l'estimation de cet usufruit.

Il suit aussi de ce principe, qu'il est saisi de cet usufruit, comme de toutes les autres choses auxquelles il succède, suivant la règle, *le mort saisit le vif;* il n'est donc point obligé d'en avoir la délivrance des héritiers qui succèdent à la propriété.

Il est vrai que la coutume l'oblige à donner la caution fidéjussoire, ou du moins juratoire, aux héritiers qui succèdent à la propriété; mais cette obligation que la coutume lui impose, ne donne aux héritiers de la propriété qu'une

action pour exiger de lui cette caution, et le droit de saisir et arrêter, sur une ordonnance du juge, les revenus des héritages, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette caution, et cela n'empêche pas que, succédant à cet usufruit en qualité d'héritier, à titre d'héritier, il n'en soit saisi.

Si ce droit a lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas?

Ce droit étant un droit purement positif, et dérogeant, *aliquatenùs*, à la règle générale, qui affecte la succession des propres aux parents du côté d'où ils procèdent, ne peut être suivi que dans les coutumes qui s'en sont expliquées [1].

ART. III. — De la succession déférée aux ascendants du défunt des propres de leur côté.

La règle *propre ne remonte*, suivant que nous l'avons observé ci-dessus, n'exclut les père, mère, ou autres ascendants, que de la succession des propres qui procèdent d'un autre côté que le leur, rien n'empêche qu'ils ne soient héritiers de leurs enfants aux propres qui proviennent de leur côté.

Cela arrive même dans le cas de l'article 315 de Paris, et 317 d'Orléans, et dans le cas de l'article 313 de Paris, et 315 d'Orléans, et dans quelque autres cas. Nous traiterons de ces différents cas séparément.

§ Ier. *Du cas des articles* 315 *de Paris, et* 317 *d'Orléans.*

L'article 315 de Paris est conçu en ces termes : *Si le fils fait acquisition d'héritages ou autres biens immeubles, et il décède délaissant à son enfant lesdits héritages, et ledit enfant décède après sans enfants et descendants de lui, et sans frères et sœurs, l'aïeul ou l'aïeule succedent auxdits héritages en pleine propriété, et excluent tous les autres collatéraux.*

L'article 317 d'Orléans est conçu à peu près dans les mêmes termes, et, dans l'espèce de cet article, l'héritage qui se trouve dans la succession de ce petit-fils, qui lui venait de la succession de son père qui l'avait acquis, est un propre paternel, puisqu'il lui vient de la succession de son père, la mère ne peut pas succéder à ce propre n'étant pas maternel, mais l'aïeul et l'aïeule paternels et les autres ascendants paternels, y succèdent, parce que cet héritage est un propre paternel, et, par conséquent, un propre de leur côté.

L'article néanmoins préfère à l'aïeul et à l'aïeule paternels, les frères et sœurs du défunt, ce qu'il faut entendre des frères et sœurs germains, ou consanguins du défunt; car dans la supposition que nous faisons que cet héritage vient au défunt de la succession de son père qui l'avait acquis, ses frères et sœurs utérins, qui ne sont pas parents de ce côté, ne sont pas capables d'y succéder, tant qu'il y a quelque parent paternel.

Quelle est la raison de préférence que la coutume donne aux frères du défunt, sur l'aïeul ou l'aïeule? Elle est fondée sur ce que les frères et sœurs du défunt sont enfants de celui qui a mis le propre en la famille. Or, c'est une maxime qui a lieu en fait de succession de propre, que les descendants de celui qui a mis le propre dans la famille sont préférés, en parité de degré, aux autres parents, le vœu de celui qui a mis l'héritage en la famille, ayant été de l'acquérir plutôt pour sa postérité, que pour ses parents. La loi n'a néanmoins déféré qu'en partie au vœu de celui qui a mis le propre en la famille; si elle y eût déféré entièrement, elle eût préféré ses descendants, quoiqu'en degré plus éloigné, ce qu'elle n'a pas fait. Elle s'est contentée de leur donner la préférence en parité de degré. C'est ce qui paraît par cette disposition de coutume, qui préfère seulement les frères et sœurs du défunt à l'aïeul, comme

---

[1] Ce droit est étranger à notre Code.

Quelles personnes sont préférées à l'ascendant donateur, et à quelles personnes l'est-il?

L'ascendant donateur ne succède aux choses qu'il a données, qu'à défaut des enfants du donataire; en les donnant à son enfant, il les lui a données, tant pour lui que pour toute sa postérité. Mais, à défaut d'enfants du donataire, est-il préféré à tous les collatéraux, même aux frères et sœurs du défunt? Ces deux derniers termes de notre article, *et descendants d'eux,* s'entendent d'*eux donataires*, d'*eux* de la succession desquels il s'agit, et non pas d'*eux* père et mère. C'est l'interprétation qu'en donnent tous les commentateurs de la coutume de Paris, et cela est encore plus indubitable dans la coutume d'Orléans, suivant qu'il paraît par l'art. 248 de notre ancienne coutume, d'où celui-ci est tiré, lequel s'exprimait ainsi : *Si le donataire va de vie à trépas sans héritiers en droite ligne.* Par ces termes, le donateur est formellement préféré à tous les collatéraux.

L'ascendant donateur est-il préféré à un autre ascendant plus proche en degré et du même côté? Par exemple, si l'aïeul paternel a donné un héritage à son petit-fils, cet aïeul sera-t-il préféré au père dans la succession de ce petit-fils, mort sans enfants? Quelques auteurs pensent que c'est, au contraire, le père qui doit être préféré, comme étant, également comme l'aïeul, de la ligne d'où le propre procède, et ayant sur l'aïeul l'avantage du degré. Cet article ne défère aux ascendants donateurs la succession des choses par eux données, qu'autant qu'ils se trouveront les plus proches de la ligne.

Je trouve plus conforme au texte de l'article l'opinion contraire, qui défère la succession au donateur, à défaut d'enfants du donataire, préférablement à tous autres parents, sans distinguer si ce donateur est le plus proche en degré ou non; cette interprétation doit d'autant plus être reçue en notre coutume, que l'art. 248 de l'ancienne coutume, dont le 315 est tiré, la favorise assez clairement [1].

Cette préférence de l'ascendant donateur sur les autres parents, a lieu, non-seulement dans la succession de l'enfant qui était lui-même le donataire, mais encore dans celle des enfants de cet enfant donataire. Par exemple, j'ai donné à mon petit-fils un héritage, mon petit-fils l'a laissé, par succession à son fils, mon arrière petit-fils, qui est mort sans enfants; je serai préféré dans la succession de mon arrière petit-fils pour cet héritage, à mon fils qui est l'aïeul du défunt, et, par conséquent, plus proche en degré que moi [2].

---

force aujourd'hui, ou plutôt, le texte de la loi nouvelle ne fournit plus les éléments sur lesquels raisonnait cet auteur. Nous devons donc prendre la loi dans toute sa généralité et l'appliquer aux immeubles et aux meubles.

[1] Le Code a évidemment résolu la question dans le sens de Pothier : *Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou* DESCENDANTS (art. 747, C. civ., p. 79, note 1); la qualité d'ascendant donateur suffit donc pour exclure tous autres, la proximité du degré est très indifférente.

[2] Cette décision, que Pothier donne ici comme incontestable est loin d'être admise généralement aujourd'hui; la jurisprudence paraît même avoir adopté l'opinion contraire. Nous le regrettons sincèrement. La rédaction de l'art. 747, (*V.* ci-dessus, p. 79, note 1), n'a pas eu lieu dans un esprit d'innovation, le texte de la loi nouvelle n'est pas plus contraire à l'opinion de Pothier, que celui des anciennes coutumes : l'art. 352 (*V.* ci-après) fournit aussi un puissant argument : l'adoption est une institution nouvelle, les rédacteurs du Code, pour encourager les libéralités de l'adoptant en faveur de l'adopté l'ont considéré comme un *ascendant* donateur et lui en ont assuré les avantages, ils ont cru devoir s'expliquer plus expli-

Quid, si j'ai donné à mon fils un héritage, que mon fils l'ait donné à son fils, qui meure ensuite sans enfants, lequel succédera de mon fils ou de moi ? Ce sera mon fils ; car mon fils a lui-même la qualité de donateur, puisqu'il avait donné l'héritage au défunt, et en cela cette espèce est très différente de la précédente.

J'ai donné à mon fils un héritage qui est tombé à un de ses enfants, lequel ensuite meurt sans enfants, qui succédera ou de ses frères et sœurs, ou de moi ? Je pense que les frères et sœurs du défunt doivent succéder ; car ils sont les enfants du donataire. La coutume n'appelle l'ascendant du donateur à la succession de l'héritage par lui donné, qu'à défaut du donataire ; il est vrai qu'elle a parlé de la succession du donataire lui-même, et qu'il s'agit ici de la

---

ciment que dans l'art. 747, qui ne fait que reproduire une ancienne doctrine. L'un de ces articles est le développement de l'autre. Il y a même une raison plus forte dans le cas de l'art. 747 ; en effet lorsque la descendance du donataire vient à s'éteindre du vivant de l'ascendant donateur, le malheur est plus sensible pour l'ascendant, la donation s'éloigne bien plus de son but final, que lors du décès de la postérité de l'adopté par rapport à l'adoptant donateur. L'ascendant, en dotant son fils ou sa fille, a en vue la postérité à naître du mariage, ses petits-enfants sont compris dans sa pensée, ils sont donataires autant qu'ils peuvent l'être : mais il est hors de doute qu'il n'entend point gratifier les enfants que son gendre ou sa bru pourraient avoir d'un autre mariage, lesquels en qualité de frères consanguins ou utérins des petits-enfants du donateur, excluraient toujours celui-ci dans la succession desdits petits-enfants du donateur. Ainsi après avoir eu le malheur de perdre son enfant et les descendants de celui-ci, il éprouve encore le regret de voir les biens donnés, en avancement d'hoirie, passer de son vivant dans une famille complétement étrangère. Une pareille décision est-elle conforme aux vues du donateur à qui il reste d'autres enfants ?

Mais, dira-t-on, pourquoi n'avoir pas stipulé le droit de retour ? Singulier motif : pourquoi donc obliger cet ascendant donateur à prévoir et à exprimer formellement le prédécès et de l'enfant donataire et de sa postérité ? D'ailleurs cette stiputation du droit de retour dépasserait souvent les intentions bienveillantes du donateur, il ne veut pas ruiner le crédit de son descendant donataire. *V.* art. 952 (*V.* ci-après).

Cette jurisprudence, que nous déplorons, nous paraît contraire à la loi, aux intentions du donateur, et très propre à favoriser des actes frauduleux que fera, sans scrupule, l'ascendant survivant dans l'intérêt des enfants qui lui restent et au préjudice de la donation : en outre elle détournera toujours les ascendants de faire des libéralités à leurs descendants : ***Prospiciendum est enim, ne hac injectâ formidine, parentum circà liberos munificentia retardetur.*** L. 2, Cod. ***de bonis quæ liberi.***

Art. 352 : « Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, « les enfants ou descendants laissés « par celui-ci, mouraient eux-mêmes « sans postérité, l'adoptant succédera « aux choses par lui données, comme « il est dit en l'article précédent (*V.* ci-« après, art. 351, p. 82, note 1); mais « ce droit sera inhérent à la personne « de l'adoptant, et non transmissible « à ses héritiers, même en ligne des-« cendante. »

Art. 952 : « L'effet du droit de re-« tour sera de résoudre toutes les alié-« nations des biens donnés, et de « faire revenir ces biens au donateur « francs et quittes de toutes charges et « hypothèques, sauf néanmoins l'hypo-« thèque de la dot et des conventions « matrimoniales, si les autres biens « de l'époux donataire ne suffisent « pas, et dans le cas seulement où la « donation lui aura été faite par le « même contrat de mariage duquel « résultent ces droits et hypothè-« ques. »

succession de l'enfant du donataire ; mais je pense qu'il en doit être de même, par la raison que le donateur a donné au donataire pour lui et pour toute sa postérité.

A quel titre l'ascendant donateur succède-t-il aux choses par lui données?

Ce n'est point à titre de réversion comme dans le droit écrit ; mais c'est à titre de succession proprement dite, que l'ascendant donateur succède à ses enfants aux héritages qu'il leur a donnés, c'est ce qui résulte de ce mot *succèdent*. Ils ne peuvent donc point prétendre ce recours sans se porter héritiers du donataire ; et il doit, pour raison desdits héritages, contribuer aux dettes de la succession [1].

De là il suit que Lalande décide mal à propos, qu'en cas de condamnation capitale de l'enfant donataire, et de confiscation de ses biens, l'ascendant donateur doit être préféré au fisc pour les biens qu'il a donnés ; car ne succédant à ces biens qu'à titre d'héritier de son fils, il ne peut pas y succéder, lorsque son fils par sa condamnation, est devenu incapable d'avoir des héritiers [2].

§ III. *Des autres cas auxquels les père, mère et autres ascendants succèdent aux propres de leurs descendants.*

Outre les deux cas ci-dessus, les père et mère et autres ascendants, succèdent aux propres de leurs descendants, toutes les fois que ces propres, comme nous l'avons dit, procèdent de leur côté ; par exemple, j'ai renoncé à la succession de mon parent ; mon fils, qui était dans le degré suivant, s'est accommodé avec les créanciers, et l'a acceptée ; je succéderai à mon fils, et aux enfants de mon fils, aux héritages qui proviendront de la succession de ce parent ; car ils procèdent de mon côté, puisque mon fils l'a eue de la succession d'un de mes parents.

Mon fils, à mon refus, a accepté la succession d'un de mes parents, et a transmis à un de mes fils cet héritage, les frères du défunt me seront-ils préférés? Cette question ne se décide point par les art. 315 de Paris et 317 d'Orléans.—Dans l'espèce de ces articles, si les frères du défunt sont préférés à l'aïeul, c'est que c'est leur père qui a acquis l'héritage, qui a mis le propre dans la famille, et que c'est une règle dans les successions de propres, que les ascendants de celui qui a mis l'héritage dans la famille, sont préférés, en parité de degré, aux autres parents. Mais dans l'espèce présente, ce n'est point le père commun du défunt et de ses frères et sœurs, qui a mis l'héritage en la famille, il y a succédé à un de ses parents collatéraux ; les frères et sœurs n'ont pas plus que moi l'avantage d'être descendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille : c'est pourquoi cette espèce est toute différente de celle des articles

[1] Le Code a également employé l'expression *succèdent*, et l'art. 351, que nous considérons comme renfermant la même doctrine, dit positivement que c'est à la charge de contribuer aux dettes et sans préjudice des droits des tiers.

Art. 351 : « Si l'adopté meurt sans « descendants légitimes, les choses « données par l'adoptant, ou recueil- « lies dans sa succession, et qui exis- « teront en nature lors du décès de « l'adopté, retourneront à l'adoptant « ou à ses descendants, à la charge de « contribuer aux dettes, et sans pré- « judice des droits des tiers.—Le sur- « plus des biens de l'adopté appar- « tiendra à ses propres parents ; et « ceux-ci excluront toujours, pour les « objets même spécifiés au présent ar- « ticle, tous héritiers de l'adoptant au- « tres que ses descendants. »

[2] La confiscation est abolie.

Art. 57 de la Charte : « La peine de « la confiscation des biens est abolie et « ne pourra pas être rétablie. »

ci-dessus cités, et ne se peut décider sur les principes sur lesquels ils sont fondés ; il faut donc chercher la décision de la question dans un autre principe. Le voici : la succession des meubles et acquêts est la succession ordinaire ; elle est comme le droit général, le droit commun dont la succession des propres s'écarte, en ce qu'au lieu que la première est déférée aux parents indistinctement, de quelque côté qu'ils soient, un certain ordre cependant gardé entre eux ; celle des propres au contraire, n'est déférée qu'aux parents d'un certain côté d'une certaine famille. Pour régler donc l'ordre qui doit être gardé, dans cette succession aux propres, toutes les fois que la loi ne s'en est pas expliquée autrement, on doit avoir recours à celui qu'elle a prescrit pour la succession aux meubles et acquêts, comme c'est la succession ordinaire et de droit commun.

Suivant ce principe, la coutume de Paris ayant préféré les ascendants aux frères et aux sœurs, et à tous les collatéraux, dans l'ordre de la succession des meubles et acquêts, et ne s'étant point expliquée sur ce point pour la succession des propres, on doit pareillement en cette coutume de Paris, préférer, dans la succession des propres, les ascendants du côté d'où le propre est venu aux frères et sœurs du défunt.

Au contraire, notre coutume d'Orléans ayant, dans l'ordre de la succession des meubles et acquêts, appelé les frères et sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul et autres ascendants ultérieurs, auxquels elle a seulement réservé l'usufruit, on doit pareillement, sur les cas dans lesquels elle ne s'est pas expliquée, préférer, dans la succession des propres, les frères et sœurs du côté où est le propre, aux aïeuls ou autres ascendants ultérieurs, du côté d'où ledit propre procède, en laissant seulement l'usufruit aux ascendants [1].

SECT. III. — DE L'ORDRE DE SUCCÉDER EN SUCCESSION COLLATÉRALE.

La règle générale pour l'ordre de la succession collatérale, est que les collatéraux qui sont dans le plus prochain degré de parenté avec le défunt, viennent ensemble à sa succession, et excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné [2].

Cette règle souffre des limitations par le droit de représentation, et par le rappel qui y supplée, par les prérogatives du double lieu, par la prérogative de la masculinité, enfin dans la succession des propres.

ART. Ier. — De la représentation en ligne collatérale.

Il y a trois principales classes de coutumes différentes sur cette matière. — La première est de celles qui rejettent entièrement la représentation en succession collatérale. De ce nombre est la coutume de Blois, art. 139. — La seconde est de celles qui l'admettent aux termes de droit ; c'est-à-dire, en faveur seulement des neveux et nièces. De ce nombre sont les coutumes de Paris, art. 320, et d'Orléans, art. 318. — Enfin la troisième est de celles qui l'admettent à l'infini en quelque degré que ce soit. — Nous ne dirons rien de la première classe de ces coutumes.

§ Ier. *De la représentation qui a lieu dans les coutumes de Paris et d'Orléans en faveur des neveux et nièces.*

La coutume de Paris, art. 320, et celle d'Orléans, art. 318, ont admis la représentation en faveur des neveux et nièces, conformément à la Novelle 118, ch. 3, et ne l'étendent pas au delà.

---

[1] Tout ce paragraphe est étranger à notre droit actuel.

[2] Cette règle est encore applicable aujourd'hui.

Nous avons vu en la section première, en traitant de la représentation qui a lieu en ligne directe, ce que c'était que la représentation, et quels sont les principes sur cette matière [1]. Nous ne le répéterons plus ici.

Un de ces principes est que les représentants ne peuvent avoir plus de droit qu'en aurait eu la personne représentée.

Il suit de ce principe, que les neveux, enfants d'une sœur qui viennent par représentation de leur mère, à la succession de leur oncle, sont exclus des fiefs par les frères du défunt, suivant que le décident les coutumes de Paris, article 322, et d'Orléans, art. 320; car leur mère l'aurait été par le principe que nous verrons ci-après, qui est qu'en succession collatérale les mâles excluent les femelles; or, ils ne peuvent avoir plus de droit que la personne qu'ils représentent.

Ces dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, étant fondées sur un principe tiré de la nature même de la représentation, doivent être suivies dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

Nous avons traité la question sur la ligne directe, si les représentants succédaient non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée; la même question a lieu dans la ligne collatérale. Notre coutume, art. 321, l'a décidé pour l'affirmative, en ordonnant que la fille, venant du mâle, représente son père pour succéder à l'oncle avec le frère du défunt. (*V.* Ricard, *Traité de la Représentation*, ch. 7, nº 53 et suivants.)

La coutume de Paris ne s'étant point expliquée sur cette question, elle y a été différemment jugée. Deux anciens arrêts de 1631 et 1658, rapportés par Ricard, l'avaient jugé pour la nièce; mais l'arrêt de Saintos de 1663, rapporté au deuxième tome du *Journal des Audiences*, a jugé le contraire. Les raisons me paraissent très fortes en faveur de la nièce. La coutume de Paris a admis, pour la ligne directe, le principe que le représentant succède non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée, en décidant que la fille de l'aîné le représente pour le droit d'aînesse. Ayant admis ce principe pour la ligne directe, sur quel fondement pensera-t-on qu'elle en ait admis un contraire pour la ligne collatérale? D'ailleurs les articles de la nouvelle coutume d'Orléans, rédigée par les mêmes commissaires qui ont rédigé celle de Paris, et depuis celle de Paris, doivent servir d'interprétation à celle de Paris.—Ceux qui, au contraire, tiennent le parti du frère contre la nièce, fille de l'autre frère, et la décision de l'arrêt de Saintos, s'efforcent de trouver une différence entre la ligne directe et la collatérale : ils disent que les enfants ayant une espèce de droit à la succession de leur père dès son vivant, le droit d'aînesse, qui était un droit commencé dès le vivant de leur père passe, par son décès, à ses représentants, de quelque sexe qu'ils soient, parce que ce droit avait déjà un commencement d'existence. Au contraire, les collatéraux n'ayant droit à la succession de leur parent collatéral de son vivant, les prérogatives que le parent mâle a droit d'y exercer, sont des prérogatives qui ne commencent à avoir lieu, que lors de l'ouverture de la succession, et par conséquent, qui n'avaient aucun commencement d'existence lorsqu'il est prédécédé. Elles n'ont donc pu succéder qu'à son degré qui se trouvait vacant, et non point à aucune prérogative.

C'est une question semblable à celle de la précédente, dans les coutumes qui règlent le partage des successions entre nobles, différemment qu'entre roturiers, de savoir si les enfants non nobles, qui viennent par représentation de leur mère noble, doivent avoir les mêmes avantages qu'aurait eus leur mère. Cette question dépend, comme la précédente, du point de savoir si la coutume a admis ou non le principe que la représentation donne aux représentants tou-

---

[1] *V.* art. 742, C. civ. ci-dessus, p. 39, not. 1.

tesles prérogatives qu'aurait eues dans la succession la personne représentée quoiqu'attachées aux qualités personnelles de la personne représentée.

Le principe que le représentant succède non-seulement au degré, mais à toutes les qualités personnelles de la personne représentée, et que notre coutume a clairement admis par l'art. 321 ci-dessus rapporté, reçoit une exception en l'article suivant : ***Et si en ladite succession il y a fiefs, les enfants des frères n'excluent leurs tantes, sœurs du défunt; ains succèdent lesdites tantes de leur chef, comme étant les plus proches avec les enfants des frères....***

La coutume de Paris, art. 323, a la même disposition.

Le frère, qui est représenté par les neveux ses enfants, aurait eu certainement la prérogative d'exclure les sœurs du défunt dans les fiefs; ses enfants, suivant cet article, ne les excluent pas. Voilà donc une prérogative de la personne représentée, à laquelle les représentants ne succèdent point.

Quelle est donc la raison? On dit que la proximité du degré qu'a la sœur, compense l'avantage de la masculinité qu'a le neveu, ce que la coutume insinue par ces termes : ***Lesdites tantes... comme étant les plus proches.*** Cette raison souffre difficulté; car la fiction de la représentation qui place les neveux au degré du frère, donne aux neveux la même proximité de degré qu'a la tante et c'est en cela que consiste l'essence et la nature de la représentation; la tante n'a donc pas sur eux l'avantage du degré, et il reste à ces neveux sur elle l'avantage de la masculinité.

Il faut donc chercher une autre raison : c'est peut-être celle-ci. La fiction de la représentation a été introduite pour faire concourir des parents d'un degré plus éloigné avec des parents en degré plus proche; elle doit donc se borner à faire concourir ceux qui viennent par représentation avec les parents en degré plus proche, en les plaçant au même degré qu'eux; elle peut même les faire concourir avec toutes les prérogatives qu'aurait eues la personne qu'ils représentent; mais il est contre la fin pour laquelle la représentation a été introduite, qu'elle donne à ceux qui viennent par représentation, le droit d'exclure les parents en plus proche degré; ils ne peuvent donc succéder par le secours de la représentation, à ce droit d'exclure qu'aurait eu la personne qu'ils représentent, à moins qu'il n'y ait quelque loi qui le leur accorde, comme dans le cas du double lien, suivant que nous le verrons ci-après. ***Jus representationis***, dit Cujas, ***hanc vim tantùm habet ut remotior cum propiore concurrat, non ut propiorem prorsùs excludat.***

Les sœurs du défunt ne sont point exclues de la succession des fiefs par les neveux, enfants du frère, lorsqu'il n'y a point de frère vivant qui soit appelé à la succession; quand il y en a un, il n'est pas douteux qu'elles en sont exclues.

Quid, s'il y en avait un qui renonçât à la succession, seraient-elles exclues? Je le pense; car il suffit que ce frère, quoiqu'il ait renoncé à la succession, y ait été appelé, pour que la sœur ne l'ait point été; la succession des fiefs a été déférée à ce frère, et aux neveux du frère prédécédé conjointement, à l'exclusion de la sœur; et par la renonciation de ce frère, sa part est accrue à ses cohéritiers qui étaient les neveux.

Si le défunt a laissé une sœur, des neveux enfants d'un frère, et des neveux enfants d'une sœur, les neveux enfants du frère, excluront-ils les neveux enfants de la sœur? La question souffre grande difficulté. Les arrêts et les commentateurs sont partagés.—On peut alléguer contre l'exclusion le principe que nous avons rapporté ci-dessus, que la fin de la représentation étant de faire concourir les parents d'un degré plus éloigné, avec ceux qui sont dans un degré plus proche, elle ne devait donner le droit que d'être placé au degré de la personne représentée; le droit de concourir en conséquence à la succession même, avec les prérogatives de la personne représentée, mais non pas le droit d'exclure les autres parents de cette succession, parce que la fiction de la représentation n'a point été introduite pour exclure, mais pour concourir; que

nos coutumes s'en étaient suffisamment expliquées, en décidant que les neveux qui viennent par représentation du frère, ne succédaient point au droit qu'aurait eu leur frère d'exclure les sœurs du défunt dans les fiefs; que, par la même raison, ils ne pouvaient pas exclure les neveux enfants de la sœur; car ou ils succèdent au droit d'exclure qu'avait le frère qu'ils représentent, ou ils n'y succèdent pas; on ne peut pas dire qu'ils y succèdent, puisque la coutume décide qu'ils concourent avec la sœur du défunt; s'ils ne succèdent pas à ce droit d'exclure, ils ne peuvent donc pas exclure les enfants de la sœur; ces enfants de la sœur étant placés, par la représentation, au même degré que leur mère, ont autant de droit qu'elle, la représentation leur donne tous les droits qu'aurait eus leur mère; et par conséquent, ils doivent avoir le droit de concourir à la succession des fiefs avec les enfants du frère, comme leur mère l'aurait eu.

Les raisons de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, sont que la représentation donne aux représentants tous les droits qu'aurait eus la personne représentée; que la coutume en a excepté le droit d'exclure la sœur du défunt de la succession des fiefs; qu'on doit se renfermer dans les termes de l'exception, et ne pas l'étendre à celui d'exclure pareillement les enfants de la sœur; que si la coutume n'a pas voulu que les enfants du frère pussent exclure la sœur, c'est par une raison qui ne milite qu'à l'égard de la sœur même, et non à l'égard des enfants de la sœur; c'est parce que ces enfants du frère n'étant que par le secours de la fiction placés au même degré que la sœur, la coutume a jugé qu'il suffisait que la fiction imitât la vérité, mais qu'elle ne devait pas l'emporter sur la vérité, ni par conséquent faire exclure de la succession des fiefs, la sœur qui était véritablement dans le degré de succéder, dans lequel les neveux n'étaient que par le secours de la fiction. La coutume insinue que c'est par cette raison que les sœurs ne sont pas exclues, par ces termes : *Les sœurs... comme étant les plus proches*; c'est comme si elle disait, *les sœurs en conséquence de ce qu'elles sont dans la vérité les plus proches et que la fiction ne doit pas prévaloir à la vérité* : d'où on conclut que l'exception en faveur des sœurs ne doit pas s'étendre aux enfants des sœurs, qui, étant en parité entière de degré avec les enfants du frère, sont dans le cas d'être exclus par eux.

Observez que, si on suit la première opinion, les neveux, enfants du frère succédant avec la sœur, ne doivent point exclure des fiefs, non-seulement les neveux, enfants d'une sœur, mais ni même les nièces, enfants de cette sœur, qui, représentant leur mère, doivent avoir le même droit qu'elle aurait eu.

Au contraire, si on suit la seconde opinion, les neveux, enfants du frère succédant avec la sœur, doivent exclure des fiefs tant les neveux que les nièces enfants de la sœur.

Mais la nièce, fille du frère, aura-t-elle le même droit? Cela dépend de la question qui a déjà été agitée ci-dessus, et jugée par l'arrêt de Saintos, de savoir si, en succession collatérale, les représentants succèdent à la prérogative de la masculinité de la personne représentée.

En supposant que la seconde opinion doive être suivie, Guiné (*du Droit de représentation,* sur les coutumes de la 3e classe) demande si les enfants du frère ne doivent pas seuls profiter de la portion qu'auraient eue les enfants de la sœur prédécédée, puisque ce sont eux seuls qui ont le droit de les exclure, et que la sœur survivante n'a pas ce droit? il dit que la question souffre difficulté : elle n'en souffre aucune. Les enfants de la sœur prédécédée, en conséquence du droit qu'ont les enfants du frère de les exclure, n'étant point appelés à la succession des fiefs, ils n'y ont point de portion qui puisse accroître aux enfants des frères; c'est pourquoi la succession demeure entière à partager par moitié entre la sœur survivante et les enfants du frère.

On demande si la disposition de nos coutumes réformées de Paris et d'Orléans, qui ne permettent pas que le fils du frère exclue la sœur du défunt, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? Guiné tient qu'elle ne doit pas être suivie; et que le neveu se trouvant, par la nature de

la représentation, placé en parité de degré avec la sœur, doit exclure la sœur, conformément à la règle, qu'*en parité de degré le mâle exclut la femelle*. Les principes sur lesquels sont fondées les coutumes de Paris et d'Orléans pour décider le contraire, sont des principes arbitraires, qui ne doivent pas être présumés adoptés dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Dumoulin sur l'art. 96 de Chartres, rapporte deux arrêts qui ont jugé pour l'exclusion de la sœur par le neveu, fils du frère : il dit : *et sic non est ampliùs dubitandum, secùs si essent nepotes ex sorore* [1]. Il y en a plusieurs autres dans Brodeau sur Louet, lettre R, sommaire 9, n° 23.

Pour finir la matière de la représentation en collatérale, suivant les coutumes de Paris et d'Orléans, il nous reste à observer une différence entre cette représentation et celle qui a lieu en ligne directe. Celle-ci étant principalement établie pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la descendance et postérité du défunt; elle a lieu, soit que les enfants de ces différentes lignes soient en degré inégal, soit même lorsqu'ils sont tous en égal degré. Elle a lieu, quoique le défunt n'ait laissé, lors de son décès, ni fils ni filles, mais seulement des petits-enfants de ses différents fils ou filles prédécédés, et le partage se fait, *in stirpes* et non *in capita*, entre les petits-enfants de ces différentes lignes, ainsi que nous l'avons vu en la sect. 1re, art. 1er.

Au contraire, la représentation en collatérale n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes, et pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales. Elle n'est établie qu'en faveur des seuls neveux, pour les faire concourir à la succession, dont ils auraient été sans cela exclus par les frères et sœurs du défunt, comme plus proches en degré. Cette représentation ne doit donc avoir lieu, que lorsqu'il se trouve, lors du décès, quelque frère ou sœur du défunt qui pourrait les exclure; quand il ne s'en trouve point, il n'y a point lieu à la représentation, les neveux, issus de différents frères ou sœurs, succèdent, en ce cas, de leur chef, comme étant les plus proches parents, et partagent la succession en autant de parts qu'ils sont de personnes [2].

Cela avait néanmoins souffert grande difficulté entre les commentateurs de la novelle 118, qui a introduit la représentation en faveur des neveux. Azon soutenait qu'elle ne devait point avoir lieu, lorsqu'il ne restait aucun frère ni sœur du défunt. Accurse, au contraire, soutenait contre son maître, qu'il ne laissait pas d'y avoir lieu. Son opinion avait eu d'illustres défenseurs, Dumoulin, Lecomte, etc. (*V.* Ricard, *de la Représentation*, ch. 7.) On a mis fin à la dispute; et l'opinion d'Azon a été embrassée.

Les coutumes s'en expliquent ainsi; savoir, Paris, art. 321, et Orléans, art. 319, *mais si les neveux en semblable degré, viennent de leur chef, et non par représentation, ils succèdent par têtes, et non par souches, tellement que l'un ne prend plus que l'autre*. Par exemple, si le défunt a laissé quatre neveux d'un frère, et un neveu d'un autre frère, ils partageront en cinq portions; le neveu, fils unique, n'aura que sa cinquième portion [3].

Cela a-t-il lieu dans le cas où le défunt aurait laissé un frère qui aurait renoncé à la succession ? Non; il suffit qu'il y ait eu un frère, quoiqu'il ait renoncé, pour que la succession ait été déférée par souches à ce frère et aux neveux des autres frères et sœurs; les neveux de chacune des différentes souches ont été saisis, tous ensemble, de la portion déférée à leur souche. La renonciation du père n'a d'autre effet que de faire accroître sa part à ses cohéritiers, et ses cohéritiers sont les souches; le partage doit donc toujours se faire par souches.

---

[1] Il n'y a aujourd'hui ni fiefs, ni prérogative de masculinité; en conséquence toutes ces questions ne peuvent plus se présenter.

[2] L'art. 742, C. civ. décide le contraire : *V.* ci-dessus, p. 39, not. 1.

[3] Il aurait aujourd'hui la moitié. *V.* art. 743, C. civ., ci-dessus, p. 42, note 3.

Si le défunt avait laissé un frère et des neveux de différentes sœurs, et que le frère renonçât, le partage des biens roturiers se ferait, à la vérité, par souches, comme nous venons de le dire, parce que la succession de ces biens a été déférée à ce frère et aux neveux des différentes sœurs par souches; mais la succession des biens nobles se partagera-t-elle par souches ou par personnes entre ces neveux, issus de différentes sœurs ? Je pense qu'elle se partagera par personnes et non par souches; car ils n'y avaient point été appelés avec le frère du défunt, à qui seul elle avait été déférée, ils y sont appelés seuls par sa renonciation, comme étant dans le degré le plus proche après lui; ils n'y ont jamais concouru avec lui; et par conséquent ils ne doivent point y succéder par représentation, ni partager ces biens par souches, mais par personnes [1].

Il y a un cas dans la coutume d'Orléans, auquel les neveux de différentes souches, quoique appelés seuls à la succession, la partagent par souches. C'est le cas auquel le défunt a laissé un frère du simple lien, et des neveux de différents frères du double lien. Le frère du simple lien étant exclu par ses neveux du double lien conformément à la disposition de la novelle que la coutume d'Orléans a adoptée, suivant que nous le verrons en l'article suivant, la succession est déférée aux seuls neveux, et néanmoins ils doivent la partager par souches, parce que ce n'est que par le secours de la représentation, qui les place au degré de leur père, qu'ils excluent le frère du simple lien, qu'ils ne pourraient pas exclure sans cela; ils succèdent donc, en ce cas, par représentation, et doivent, par conséquent, partager par souches. Guiné est d'avis contraire (*du Double lien*, 7e question); mais il ne l'appuie d'aucune bonne raison, ni d'aucune autorité.

Il n'y a pas lieu à la question dans la coutume de Paris, qui n'a pas admis la prérogative du double lien.

Du principe des coutumes de Paris et d'Orléans, qu'il n'y a pas lieu à la représentation des neveux et nièces, lorsque le défunt n'a laissé ni frère ni sœur habiles à lui succéder, il suit aussi qu'en ce cas les oncles et tantes du défunt concourent avec les neveux; car les neveux ne succédant que de leur chef, et dans leur degré qui est le troisième degré, les oncles et tantes du défunt, qui sont aussi au troisième degré de parenté avec le défunt, se trouvent en parité avec eux. C'est ce qui est décidé par les art. 339 de Paris, et 329 d'Orléans.

Que si le défunt avait laissé un frère ou une sœur, quoique ce frère ou cette sœur renonçât, les neveux excluraient l'oncle du défunt, parce que, en ce cas, la succession n'a pas été déférée à l'oncle, mais au frère du défunt, conjointement avec les neveux; et par la renonciation du frère, sa part est accrue aux neveux, ses seuls cohéritiers.

S'il n'y avait que des neveux, issus de filles, comme, en ce cas, la succession des biens nobles aurait été déférée au frère seul, la succession de ces biens, par sa renonciation, serait dévolue, tant à l'oncle qu'aux neveux, qui la partageraient par personnes *in capita*.

Cette disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, qui fait concourir l'oncle avec le neveu, est contraire à la novelle 118, qui a établi la représentation des neveux pour trois objets: — 1° Pour les faire concourir avec les frères et sœurs du défunt;—2° Pour leur donner la préférence sur un frère ou une sœur du simple lien, lorsqu'ils sont enfants d'un frère germain ou d'une sœur germaine;—3° Pour leur donner la préférence sur les oncles du défunt. Cette préférence du neveu sur l'oncle, est établie par le verset *illud palàm* de la novelle.

Il est vrai que quelques interprètes ont prétendu que ce verset ne devait

---

[1] La distinction des biens en nobles et roturiers est abolie par les lois nouvelles.

être entendu que du cas auquel les neveux concourent avec les frères; mais ce n'est peut-être pas le sens de la novelle. Lorsque le défunt a laissé un frère, il ne peut y avoir lieu à la question, si les neveux sont préférés à l'oncle, puisque l'oncle est exclu en ce cas, non par les neveux, mais par le frère. Irnier en l'auth. *post fratres*, Cod. *de Legit. hæred.*, Barthole sur ledit verset, *illud palàm;* Cujas sur ledit titre du Cod. *de Legit. hæred.*, ont entendu ce verset du cas auquel le défunt n'avait laissé que des neveux et des oncles. Conformément à cette disposition de la novelle, les coutumes d'Auxerre et de Melun, qui ont admis la représentation aux termes de droit, en faveur des neveux seulement, décident que le neveu doit être préféré à l'oncle du défunt.

Que doit-on décider dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? Je pense qu'on doit décider pour le neveu contre l'oncle, dans les coutumes qui ont admis la représentation en faveur des neveux; car ces coutumes ayant adopté la disposition de la novelle sur ce point, elles ne peuvent avoir de meilleur interprète sur les questions qui ont rapport à la représentation, que la novelle même, qu'elles ont adoptée. C'est le sentiment de Dumoulin en sa note sur la coutume de Vermandois.

Cela a été jugé par l'arrêt des Carons, rapporté par Guiné.

Au contraire, dans les coutumes qui ont rejeté la représentation en collatérale, il n'est pas douteux que l'oncle doit concourir avec le neveu.

Observez que, comme c'est par le secours de la représentation que les neveux excluent l'oncle du défunt, il s'ensuit que, lorsque le défunt a laissé un oncle, les neveux des différents frères succédant, en ce cas, par représentation, puisqu'ils ne pourraient pas exclure l'oncle sans cela, doivent partager la succession par souches. C'est l'avis le plus conforme aux principes.

§ II. *De la représentation dans les coutumes qui l'admettent, en collatérale, à l'infini.*

Il y a plusieurs coutumes qui admettent la représentation à l'infini dans la ligne collatérale, de même que dans la directe, tant en degré égal qu'en degré inégal. Telles sont les coutumes de Tours, du Maine, d'Anjou et beaucoup d'autres.

Dans ces coutumes, la succession du défunt, lorsqu'elle tombe en collatérale, est déférée par souches, d'abord aux frères et sœurs du défunt, et aux descendants des frères et sœurs.

Soit que le défunt ait laissé des frères et sœurs qui l'aient survécu, soit qu'il n'en ait point laissé, les enfants et descendants de chacun des frères et sœurs prédécédés, prennent tous ensemble dans la succession, la même part que le frère ou la sœur qu'ils représentent, aurait prise s'il eût vécu; et dans la subdivision de cette part, s'il se trouve parmi les représentants des enfants du frère et des petits-enfants issus d'un autre enfant prédécédé, tous ces petits-enfants prennent tous ensemble, dans la subdivision, la part qu'y aurait prise la personne qu'ils représentent, et ainsi des arrière-petits-enfants [1], *et sic in infinitum.*

S'il ne se trouve ni frères, ni sœurs, ni aucuns descendants de frères ou de sœurs, alors la succession est déférée de la même manière aux oncles et tantes du défunt, et à tous les descendants des différents oncles et différentes tantes prédécédés du défunt, qui viennent de même, chacun par représentation de la personne prédécédée dont ils sont issus [2].

---

[1] Telle est la doctrine de l'art. 743, *V.* ci-dessus, p. 42, note 3.

[2] La représentation, en ligne collatérale, est limitée par la législation actuelle aux descendants des frères et sœurs du *de cujus.*

S'il n'y a aucuns oncles ni tantes du défunt, ni aucuns descendants d'oncles et de tantes, la succession est déférée aux grands-oncles et grand'tantes, et à toute la descendance et postérité des grands-oncles et grand'tantes, de la même manière.

S'il n'y a aucune postérité des grands-oncles ni grand'tantes, la succession est déférée à la descendance et postérité des grands-oncles et grand'tantes, c'est-à-dire, des frères et sœurs des bisaïeuls et bisaïeules du défunt, *et sic in infinitum*, tant qu'on peut découvrir lignage.

De ces principes il suit, qu'au lieu que dans ces coutumes, l'oncle concourre avec le neveu, lorsqu'il n'y a point de frère ni sœur, et même exclue le petit-neveu ; au contraire, dans ces coutumes, le neveu, et même le petit-neveu et l'arrière-petit-neveu, excluent toujours l'oncle ; le cousin germain et ceux sur lesquels le défunt avait le degré de cousin germain, excluent toujours le grand-oncle, etc.

En un mot, les descendants du père ou de la mère du défunt excluent toujours ceux qui ne descendent que de l'aïeul ; les descendants, les aïeux ou aïeules, excluent ceux qui ne descendent que du bisaïeul, *et sic in infinitum*.

Il faut néanmoins pour la succession des propres dans ces coutumes comme dans les autres, être de la ligne d'où le propre procède ; c'est pourquoi, par exemple, la succession d'un propre paternel n'est déférée qu'aux frères et sœurs germains, aux consanguins et à leur descendance ; à leur défaut, elle est déférée, à l'exclusion des frères utérins et de leur postérité, aux seuls oncles et tantes paternels et à leur postérité, ou, à leur défaut, aux grands-oncles et grand'tantes paternels, *et sic in infinitum*.

L'esprit de ces coutumes qui ont admis la représentation à l'infini, étant d'y conserver l'égalité entre les lignes, comme dans la succession en directe, les mêmes principes qui ont lieu pour la représentation en directe, ont lieu pour cette représentation en collatérale.

C'est pourquoi elle a lieu, soit que les personnes qui viennent par représentation soient entre elles en degré inégal, soit qu'elles soient en degré égal. Plusieurs de ces coutumes s'en expliquent, et ce principe doit se suppléer dans celles qui ne s'en sont pas expliquées : par exemple, si trois neveux, enfants d'un frère du défunt, viennent à la succession avec un neveu enfant d'un autre frère, la succession se partagera par moitié, le neveu qui représente seul un frère, aura autant que les trois qui en représentent un autre.

Pareillement dans ces coutumes les représentants sont non-seulement placés au degré de la personne qu'ils représentent, mais succèdent à tous les avantages et désavantages qu'elle aurait eus si elle eût survécu, de manière que c'est le sexe de la personne représentée qui est considéré plutôt que celui des représentants, si ce n'est dans la subdivision qui se fait entre les représentants.

§ III. *Du rappel qui supplée à la représentation.*

Le rappel est un acte par lequel une personne supplée à la loi qui n'a point ordonné la représentation, en ordonnant qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs les enfants de cet héritier présomptif prédécédé le représentent[1].

---

[1] Cette dénomination de *rappel* est étrangère à nos lois nouvelles, mais la dispostion indiquée par cette expression ne pourrait valoir aujourd'hui que comme substitution vulgaire, permise par l'art. 898, et elle aurait les effets d'un legs dont la réalisation est subordonnée à une condition.

Art. 898 : « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à re-

On distingue deux espèces de rappel, le rappel fait *intra terminos juris*, et le rappel fait *extrà terminos juris*.

Le rappel fait *intrà terminos juris*, est le rappel qu'une personne fait à sa succession de ses petits-enfants, dans les coutumes qui n'admettent point la représentation en ligne directe, ou celui qu'une personne fait de ses neveux dans les coutumes qui excluent la représentation en collatérale. Ce rappel est appelé rappel *intrà terminos juris*, parce qu'il est conforme au droit le plus universellement reçu, qui admet ces personnes à succéder par représentation.

Le rappel *extrà terminos juris*, est le rappel des autres parents comme des petits-neveux, des cousins, etc. Il est appelé *extrà terminos juris*, parce que ces personnes ne sont point appelées par le droit civil à succéder par représentation.

Il est évident, par ce que nous venons de dire du rappel, que c'est une ordonnance de dernière volonté.

De là il suit : 1° qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, excepté néanmoins le cas auquel il serait fait par contrat de mariage; le rappel étant, en ce cas, une clause du contrat, il serait irrévocable.

De là il suit : 2° qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, hors la présence et sans le consentement de la personne rappelée.

Ceci est conforme à la note de Dumoulin sur la coutume de Blois. *Ista declaratio...... fieri potest etiam sinè præsentiâ, scientiâ et acceptatione ejus qui ad hæreditatis partem capiendam vocatur, estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis.*

Celui qui fait un rappel n'a pas besoin non plus pour le faire du consentement de ses héritiers présomptifs, si ce n'est dans quelques coutumes qui le requièrent. Telle est la coutume de Montargis (ch. 15, art. 3), qui dit que le rappel ne peut être fait *sinon du consentement de tous ceux qui y ont intérêt*. Dumoulin sur cet article observe : *Intellige consensum eorum qui sunt majores* 25 *annis*.

Observez aussi dans ces coutumes, que, lorsque l'héritier présomptif majeur a une fois donné son consentement pour le rappel, il ne peut plus le rétracter. C'est ce que dit Dumoulin sur notre ancienne coutume (art. 349), qui avait la même disposition. *Qui semel consenserunt non possunt ampliùs pœnitere nisi eum de cujus successione agitur pœniteat.*

Par quel acte doit être fait le rappel ? Il n'est pas douteux que celui qui est *intrà terminos juris* peut se faire, non-seulement par un acte revêtu des formes des testaments, mais par quelque acte que ce soit. Dumoulin, en parlant de ce rappel, dit : *Ista est simplex declaratio quæ fieri potest coram duobus testibus vel aliàs, dummodò constet.* Il faut pourtant qu'il soit par écrit; au reste, l'écrit qui le contient n'est sujet à aucunes formes.

Il y a plus de difficulté à l'égard du rappel qui se fait *extrà terminos juris*; Guiné (*Traité de la Représentation*, 10e règle) prétend qu'il peut aussi se faire par quelque acte que ce soit. On cite un arrêt (du 28 février 1614) pour ce sentiment. Pour moi, je penserais qu'il ne pourrait être fait que par testament; cela me paraît être une suite de la maxime reçue, que le rappel, lorsqu'il est *extrà terminos juris*, ne vaut que *per modum legati*; or, on ne peut faire des legs que par testament. C'est aussi l'avis de Ricard (*Traité de la Représentation*, ch. 5, n° 32 et suiv.).

On peut rappeler à sa succession, non-seulement tous les enfants d'un frère prédécédé, mais l'un d'entre eux, d'où naît la question si en ce cas il doit être censé rappelé à la portion entière qu'aurait eue son père, s'il eût vécu, ou seulement à la portion qu'il aurait eue dans la subdivision de cette portion, si

---

« cueillir le don, l'hérédité ou le legs, « dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le re- « cueillerait pas, ne sera pas regardée « comme une substitution, et sera va- « lable. »

ses frères et sœurs eussent été rappelés comme lui ? Guiné (*ibid.* 10e règle) décide qu'il doit avoir la portion entière; j'aurais de la peine à suivre son avis. Le rappel a l'effet de suppléer au défaut de la loi, qui n'a pas admis la représentation, elle ne doit donc accorder au rappelé que ce que lui aurait accordé la loi de la représentation, si la coutume l'eût admise; or, ce neveu ayant des frères, la représentation ne lui aurait pas accordé le total de la portion qu'aurait eue son père, mais seulement une portion virile dans cette portion; *putà,* s'ils sont quatre enfants, il aurait eu le quart de cette portion; le rappel ne doit donc lui accorder que le quart de cette portion, les frères survivants doivent profiter du surplus; de même qu'ils auraient profité du total de la portion du prédécédé, si aucun des enfants du prédécédé n'eût été rappelé, de même ils doivent profiter des trois quarts de cette portion, lorsque trois des quatre enfants de ce prédécédé n'ont point été rappelés.

Cela a lieu lorsque le défunt ne s'est pas expliqué, lorsqu'il a dit simplement qu'il rappelait *un tel* son neveu à sa succession; que s'il a dit « qu'il le rappelait pour succéder à la portion qu'aurait eue son père », il est clair qu'il a voulu lui laisser toute la portion qu'aurait eue son père. Mais je penserais qu'en ce cas le rappel donnant plus à ce neveu qu'il n'en aurait eu par la représentation, si la coutume l'avait admise, doit être considéré comme un rappel *extrà terminos juris.*

Les deux espèces de rappel ont des effets très différents;

Le rappel *intrà terminos juris* supplée au défaut des coutumes qui n'ont pas admis la représentation, et rend les personnes rappelées vraiment héritières, par représentation de leurs père ou mère, de la portion qu'auraient eue leursdits père ou mère, comme s'ils eussent été appelés par la loi.

D'où il suit qu'ils sont saisis de cette portion dès le temps du décès; qu'il n'est point nécessaire d'en demander la délivrance; qu'ils ont part, en cette qualité, aux légitimes coutumières dans les propres avec les autres héritiers, qui ne peuvent pas retenir ces réserves coutumières en abandonnant aux rappelés les biens disponibles, les rappelés étant héritiers aussi bien qu'eux.

Au contraire, le rappel fait *extrà terminos juris,* ne vaut que *per modum legati;* les rappelés ne sont point héritiers du défunt; mais ils sont de simples légataires de la portion à laquelle ils sont rappelés; ils n'en sont point saisis, et ils doivent en demander à l'héritier la délivrance.

De là il suit, que l'héritier peut, vis-à-vis d'eux, retenir les réserves coutumières en leur abandonnant les biens disponibles.

Lorsqu'une personne qui avait un frère et un neveu d'un autre frère prédécédé, a rappelé ce neveu, si ce frère, qui exclurait le neveu, vient lui-même à mourir depuis le rappel, que deviendra le rappel ? Il y a lieu de penser que le rappel est éteint, et que ce neveu rappelé doit succéder de son chef *in capita,* avec les enfants de l'autre frère. La raison en est, que le rappel n'est fait que pour suppléer la représentation, que la coutume n'a pas admise. D'où il suit que le neveu, fils du frère prédécédé, n'ayant plus besoin de représentation, par le décès arrivé du frère qui restait, il ne doit plus y avoir lieu au rappel; néanmoins la question peut souffrir quelque difficulté, et on pourrait peut-être dire que le neveu, enfant du frère premier décédé, pourrait prétendre la moitié des biens du défunt, nonobstant la mort de l'autre frère qui restait, et que les enfants de cet autre frère qui a consenti au rappel, ne peuvent la lui contester.

QUESTION II.—*De la prérogative du double lien.*

§ Ier. *Ce que c'est que double lien.*

On appelle *lien de parenté* la souche commune dont deux parents descendent; car c'est cette souche commune qui les unit, et forme entre eux la parenté.

On appelle *parenté du double lien*, ou *des deux côtés*, celle qui est formée par deux souches communes, telle qu'est celle entre des frères qui descendent d'un même père et d'une même mère, entre des parents qui descendent d'un même aïeul et d'une même aïeule, etc.

Au contraire, la parenté formée par une seule souche commune, est appelée *parenté du simple lien*, ou *parenté d'un seul côté*. Telle est celle qui est entre des frères consanguins, qui n'ont pour souche commune que leur père, étant nés de différentes mères, celle qui est entre des frères utérins, qui n'ont pour souche commune que leur mère, étant nés de différents pères.

Pareillement, à l'égard des autres degrés, la parenté qui est entre mon neveu et moi, est de double lien, si ce neveu est un fils de mon frère germain, parce que nous avons pour souches communes mon père et ma mère, qui sont l'aïeul et l'aïeule de mon neveu. Que si c'est le fils de mon frère consanguin, la parenté n'est que du simple lien, parce que nous n'avons qu'une souche commune, savoir, mon père, qui est l'aïeul de mon neveu.

La parenté avec mon oncle est du double lien, s'il est le frère germain de mon père, parce que nous avons pour souches communes le père et la mère de mon oncle, qui sont mes aïeul et aïeule paternels; que s'il n'était que le frère consanguin de mon père, la parenté ne serait que du simple lien; car nous n'aurions qu'une souche commune, savoir, le père de mon oncle, qui est mon aïeul paternel.

De même à l'égard des cousins germains, la parenté est du double lien, s'ils sont enfants de frères germains, parce qu'ils ont pour souche commune leur aïeul et leur aïeule paternels; que s'ils sont enfants de frères consanguins, la parenté sera du simple lien, parce qu'ils n'auront qu'une souche commune, savoir, l'aïeul paternel, leur aïeule étant différente.

§ II. *Quelle loi a établi la prérogative du double lien, et quelle est la variété des coutumes sur cette matière?*

C'est la novelle 84 qui a introduit la prérogative des parents du double lien sur ceux du simple lien. Justinien, par cette novelle, donne dans les successions collatérales, la préférence aux frères et sœurs conjoints des deux côtés avec le défunt, sur les frères et sœurs qui ne le seraient que d'un seul côté [1].

Par la novelle 118, par laquelle il a introduit la représentation, il accorde aux neveux et nièces, enfants des frères ou sœurs germains, le même droit de préférence sur les frères et sœurs conjoints d'un seul côté.

Les coutumes sont différentes sur la prérogative du double lien :

1° Il y en a qui la rejettent expressément; telle est la coutume de Paris, art. 340 et 341, et beaucoup d'autres;

2° Il y en a qui ne s'en expliquent point;

3° Il y en a qui l'admettent, selon la disposition du droit, aux frères et aux neveux;

4° Celle d'Orléans y ajoute les oncles;

5° Il y a des coutumes qui l'accordent aux frères, sans parler des neveux;

6° Il y en a qui l'accordent en termes généraux.

§ III. *Si la prérogative du double lien a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées* [2] *?*

Les auteurs sont partagés sur cette question. Charondas, Brodeau, Lebrun,

---

[1] « Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains; mais ils ne prennent part que « dans leur ligne. » Art. 733, C. civ. ci-dessus, p. 70, not. 1.

[2] Ce paragraphe et les suivants ne présentent aucune utilité : aujourd'hui ce privilége n'est plus admis.

sont d'avis que cette prérogative n'a pas lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent point. Le Grand, sur Troyes, prétend, au contraire, qu'elle y doit avoir lieu. Guiné distingue entre les coutumes qui ont rejeté la représentation collatérale, et celles qui l'ont admise (*ibid.* 10e règle). Selon lui, dans les premières, la prérogative du double lien n'a pas lieu, mais elle a lieu dans celles qui ont admis la représentation.

La première opinion me paraît préférable. La règle générale, en matière de succession collatérale, est de la déférer à tous les parents qui sont dans le degré le plus proche avec le défunt. Les frères du simple lien se trouvant fondés, dans cette règle générale, pour succéder avec les frères du double lien avec lesquels ils se trouvent en parité de degrés, ils ne peuvent en être exclus que par une loi qui restreigne cette règle générale, et qui accorde une prérogative sur eux à ceux du double lien. Or, la novelle ne peut servir de loi. Elle ne peut pas l'avoir par elle-même ; les novelles de Justinien n'ayant jamais eu force de loi dans les Gaules, qui, dès avant Justinien, n'étaient plus de l'empire romain ; elle ne peut donc l'avoir qu'autant qu'elle aurait été adoptée par ces coutumes ; mais comment prouver qu'elle y a été adoptée, lorsque ces coutumes ne s'en expliquent point? Dira-t-on qu'un grand nombre de coutumes ayant adopté expressément cette disposition de la novelle, elle doit passer pour le droit commun du pays coutumier, et par conséquent se suppléer dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? On ne peut pas dire cela ; car, s'il y a beaucoup de coutumes qui l'ont adoptée, il y en a bien à peu près autant qui l'ont rejetée.

La distinction que fait Guiné entre les coutumes qui ont admis la représentation en ligne collatérale et celles qui ne l'ont pas admise, est fondée sur un faux principe. Il prétend que le droit qui établit la prérogative du double lien, est une suite de celui qui a établi la représentation, d'où il conclut qu'il doit avoir lieu dans les coutumes qui se sont déclarées pour la représentation, quoiqu'elles ne se soient pas expliquées sur la prérogative du double lien. Le principe est faux ; il est si peu vrai que le droit qui a établi la prérogative du double lien soit une suite de celui qui a établi la représentation, que le droit du double lien a été établi par la novelle 84 avant que le droit de la représentation eût été établi, il n'en est donc pas une suite : ces deux droits sont tellement indépendants l'un de l'autre, que plusieurs coutumes qui ont expressément admis la représentation, ont rejeté expressément le double lien; telle est la coutume de Paris : et que *vice versâ*, des coutumes qui ont rejeté expressément la représentation, ont admis expressément la prérogative du double lien, telle est la coutume de Blois. Il est vrai qu'en supposant la prérogative du double lien établie à l'égard des frères, et en supposant le droit de représentation établi en faveur des neveux, c'est une espèce de suite du droit de représentation, que les neveux aient la prérogative du double lien sur les frères, telle que l'aurait eue la personne qu'ils représentent ; mais ce n'est, en aucune manière, une suite du droit de représentation que les frères aient la prérogative du double lien ; ce sont deux droits qui n'ont aucun rapport ; et de ce qu'une coutume a adopté l'un, on n'en peut rien conclure pour l'autre. — Notre opinion est appuyée d'un arrêt (du 8 février 1601) rapporté par Brodeau, lettre S, sommaire 17, n° 5, qui a jugé, dans la coutume de Bourges, que la prérogative du double lien n'avait pas lieu dans la succession des meubles et acquêts, quoique cette coutume l'admette expressément dans la succession des propres, et qu'on peut par conséquent conclure, qu'à plus forte raison elle devait être censée l'avoir admise pour la succession des meubles et acquêts, y ayant beaucoup moins de raison de l'admettre dans la succession des propres que dans celle des biens ordinaires, suivant que nous le verrons par la suite.

§ IV. *En faveur de quels parents la prérogative du double lien a-t-elle lieu par la novelle, et dans les coutumes qui s'y sont conformées?*

Cette prérogative est accordée par la novelle suivie, en cela, par un grand nombre de coutumes, aux frères et sœurs germains, sur les frères et sœurs conjoints d'un seul côté.

Lorsque le défunt n'a laissé aucuns frères ni sœurs, les neveux, enfants du frère germain, doivent-ils exclure les neveux enfants d'un frère consanguin ou utérin?—On peut dire pour la négative, que la prérogative du double lien n'a d'abord été accordée qu'aux frères et sœurs par la novelle 84, et que, si elle a été communiquée aux enfants des frères et sœurs par la novelle 118, qui a introduit la représentation, il semble qu'elle ne leur a été accordée que comme une suite de la représentation, et en tant qu'ils succèdent, par la représentation, à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent; d'où on conclut que, lorsque le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, les neveux, enfants des frères germains, succédant, en ce cas, de leur chef, ne peuvent exercer la prérogative du double lien sur les neveux enfants des frères consanguins ou utérins; ces raisons paraissent fortes; c'est l'avis de Brodeau sur Louet, *ibid.* lettre S, de Lebrun et autres.—On dit, au contraire, pour l'affirmative, qu'il est vrai que c'est en parlant du cas de la représentation que Justinien, en sa novelle 118, a parlé de la prérogative des neveux du double lien, mais qu'on n'en doit pas conclure qu'il ne leur a pas accordé cette prérogative, même hors le cas de la représentation, et lorsqu'ils succèdent de leur chef; que, quoique Justinien ne s'en soit pas expliqué disertement, on doit néanmoins le sous-entendre; car les lois doivent s'interpréter de manière qu'elles ne contiennent rien de choquant. Quoi de plus choquant, de penser que Justinien ait voulu donner à ces neveux du double lien plus de droit sur les propres frères du défunt que sur leurs enfants, et qu'il ait voulu rendre les propres frères du défunt de pire condition que leurs enfants, en faisant concourir ceux-ci à la succession de leur oncle avec les neveux conjoints des deux côtés, pendant que leurs pères, qui étaient les propres frères du défunt, en auraient été exclus. Cujas a entendu la novelle de cette manière, car il dit: *Fratris utroquè parente conjuncti filii excludunt fratris altero parente conjuncti filios.* Il admet donc la prérogative du double lien, même dans le cas où les neveux succèdent de leur chef. La Thaumassière, centurie 2, question 8, rapporte un arrêt dans la coutume de Berry, qui a jugé pour cette opinion.

Il n'y a pas lieu à la question dans les coutumes qui admettent la prérogative du double lien et la représentation, tant en degré égal, qu'en degré inégal; car, dans ces coutumes, les neveux enfants du frère germain succédant par représentation avec les neveux, enfants du frère consanguin, il est évident qu'ils exerceront la prérogative du double lien.

Il n'y a plus lieu à la question dans les coutumes qui, sans admettre de représentation en ligne collatérale, accordent la prérogative du double lien aux neveux; car cette prérogative ne peut, dans ces coutumes, être une suite de la représentation, qui n'y est pas admise; les neveux ont donc certainement, dans ces coutumes, cette prérogative de leur chef, et par conséquent ils peuvent, lorsqu'ils succèdent de leur chef, exclure les neveux du simple lien.

Enfin, elle n'y a pas lieu dans la coutume d'Orléans, qui accorde la prérogative du double lien aux oncles aussi bien qu'aux frères et aux neveux du défunt, on ne peut pas dire qu'elle n'accorde pas cette prérogative aux neveux de leur chef, mais seulement comme une suite du droit qu'elle leur donne de représenter leurs père et mère; puisqu'elle accorde cette même prérogative aux oncles, c'est pourquoi les neveux conjoints des deux côtés, quoiqu'ils viennent de leur chef, doivent certainement exclure les neveux conjoints d'un côté seulement.

§ V. *Dans les coutumes qui ont exprimé les parents auxquels elles accordaient la prérogative du double lien, peut-elle être étendue à d'autres?*

La prérogative du double lien étant une exception à la règle générale des successions, qui les défère à tous les parents du défunt qui sont dans le plus proche degré; cette prérogative ne doit pas recevoir d'extension, d'où on a conclu que, lorsqu'une coutume accordait cette prérogative à certains parents, elle ne devait pas être étendue à d'autres parents sur lesquels la coutume ne se serait pas expliquée.

Sur ce principe on doit décider que, dans les coutumes qui accordent la prérogative du double lien aux neveux du défunt, et qui ne s'expliquent point sur les oncles du défunt, cette prérogative ne doit point s'accorder aux oncles conjoints des deux côtés sur les oncles conjoints d'un seul côté, quoique les oncles pussent dire qu'étant parents au même degré que les autres, ils devraient avoir les mêmes prérogatives qui sont accordées aux neveux. Car, la réponse est que les priviléges sont de droit étroit, et ne doivent pas êtreprétendus par d'autres personnes que celles à qui la loi les a accordés. C'est le sentiment de Cujas en sa consult. 4.

Sur ce principe, on décide ordinairement, que, dans les coutumes qui ont accordé aux frères et sœurs germains la prérogative du double lien, sans parler des neveux, les neveux ne peuvent pas la prétendre. Guiné (*du Double lien*, 2e question) trouve cette décision trop générale, et il y apporte une limitation qui me paraît juste; qui est que, lorsque la coutume qui accorde aux frères la prérogative du double lien, admet aussi, non-seulement la représentation en collatérale, mais aussi le principe que les représentants succèdent à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent, on doit dans ces coutumes accorder la prérogative du double lien aux neveux qui succèdent par représentation de leur père ou mère, quoique la coutume ne se soit expliquée que sur les frères, car c'est une suite et une conséquence nécessaire du principe, que les représentants succèdent à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent.

Par la même raison, il y a lieu de penser, que, si la coutume qui accorde la prérogative du double lien aux frères et sœurs germains, est du nombre de celles qui admettent la représentation à l'infini dans toute la descendante postérité des frères et sœurs du défunt, et ce même principe ci-dessus mentionné, que les représentants succèdent à toutes les prérogatives de la personne représentée; on doit dans ces coutumes, quoiqu'elles n'aient parlé que des frères et sœurs, accorder la prérogative du double lien à tous les descendants des frères et sœurs germains du défunt sur les frères et sœurs conjoints du défunt, d'un côté seulement, et sur toute leur descendance.

C'est l'avis de Bry, en sa note sur la coutume du Grand-Perche, art. 153, qui ne parle que des frères; cet auteur, sur cet article dit: ***Néanmoins y ayant représentation infinie, elle se doit étendre.***

§ VI. *Dans les coutumes qui accordent, en termes généraux, la prérogative du double lien, quels parents sont censés compris dans la disposition?*

Il y a quelques coutumes qui accordent la prérogative du double lien, en termes généraux, en toutes successions collatérales; telle est la coutume de Blois, qui dit, art. 155, *en toutes successions collatérales les parents qui tiennent le défunt* ex utroque parente, *excluent tous autres qui la tiennent seulement* ex uno latere.

Celle de Montargis dit à peu près la même chose.

A s'en tenir à la généralité des termes et à ces mots, *en toutes,* il semblerait que dans ces coutumes les collatéraux d'un défunt, parents du double lien, en quelque degré qu'ils fussent, devraient exclure les parents du même degré qui ne seraient parents que du simple lien; néanmoins, par le principe déjà

ci-dessus rapporté, que la prérogative du double lien contenant une exception à la règle générale des successions, était de droit étroit; les arrêts ont restreint la généralité des expressions de ces coutumes, aux seuls parents pour lesquels Justinien, dont ce droit avait été emprunté, l'avait établi, c'est-à-dire, aux frères et sœurs, neveux et nièces du défunt, et non à d'autres; c'est ce que nous apprenons d'une note de Dumoulin sur la coutume de Blois. *In causâ de Villebraisme judicatum per arrestum quod non attenditur duplicitas vinculi ultra filios fratrum....... restringendo hunc paragraphum ad limites novellæ;* et cette interprétation est confirmée par l'usage de la province. La même chose a été jugée par la coutume de Péronne, qui, après avoir accordé aux frères et sœurs germains le droit d'exclure les frères et sœurs conjoints d'un côté, ajoute, en termes généraux, *et s'observe le semblable pour le regard des parents collatéraux conjoints des deux côtés contre ceux qui ne le sont que d'un côté;* on a jugé que cette addition, quelque généraux qu'en fussent les termes, ne comprenait que les neveux et nièces.

Observez pareillement, que, dans les coutumes qui admettent la représentation infinie et la prérogative du double lien, cette prérogative appartient aux frères et sœurs germains du défunt et à toute leur postérité, à cause de la représentation; mais à défaut de frères et sœurs de leur descendance, tous les autres parents, tels que les oncles du défunt et leurs descendants, ne jouissent point de cette prérogative.

§ VII. *Sur quels parents la prérogative du double lien peut-elle être exercée?*

Les parents conjoints *ex utroque latere* n'ont de prérogative que sur les parents conjoints d'un seul côté, avec lesquels ils sont en égal degré, et non pas sur ceux qui seraient dans un degré plus proche. Quelques coutumes s'en expliquent par ces termes : *en pareil degré,* et on doit les suppléer dans d'autres où ils ne se trouvent pas.

C'est ce que nous apprenons d'une note de Dumoulin sur la coutume de Blois, qui dit simplement : *En toutes successions collatérales, les parents qui atteignent le défunt ex utroque parente, excluent tous autres qui l'atteignent ex uno latere.* Dumoulin dit : *intellige quandò sunt in eodem gradu, ut per sententiam baillivi Dunensis judicatum fuit, confirmatum per baillivum Blesensem.* C'est pourquoi dans la coutume de Blois, qui n'admet point la représentation des neveux, le neveu fils du frère germain du défunt, n'exclura pas, par la prérogative du double lien, les frères consanguins ou utérins du défunt, parce qu'ils sont en plus proche degré que lui.

Observez qu'il n'est pas nécessaire que le parent du double lien soit de son chef en égal degré avec le parent du simple lien, pour qu'il puisse l'exclure, il suffit qu'il s'y trouve par le secours de la représentation dans les coutumes qui l'admettent; c'est ce qui est décidé en termes formels par la novelle qui décide que les enfants du frère germain du défunt excluent les frères du défunt conjoints d'un seul côté.

§ VIII. *A quels parents et sur quels parents la coutume d'Orléans accorde-t-elle la prérogative du double lien?*

La coutume d'Orléans, article 330, s'exprime ainsi : *En meubles et conquêts immeubles, les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé sans hoirs de son corps, excluent ceux qui sont conjoints d'un côté seulement, jusqu'au degré des oncles et tantes, neveux et nièces du décédé inclusivement.*

Il n'est pas douteux que, conformément à cet article, les frères ou sœurs germains excluent les frères ou sœurs d'un seul côté; que, lorsqu'il n'y a ni frères ni sœurs, les neveux du double lien excluent, tant les neveux du simple lien que les oncles du simple lien, et que, *vice versâ,* lorsqu'il n'y a ni frères

ni sœurs, les oncles ou tantes du double lien excluent tant les oncles et tantes du simple lien que les neveux et nièces du simple lien.

On a agité la question dans cette coutume, si les neveux ou nièces du double lien devaient exclure les frères ou sœurs du simple lien? Lalande rapporte deux arrêts rendus en notre coutume; le premier avait jugé contre l'exclusion, mais le second, rendu depuis 1618, confirmatif d'une sentence du bailliage, a jugé pour l'exclusion; et c'est à cet arrêt, qui est conforme à la novelle, qu'il faut se tenir. La raison de douter était que l'édition de notre coutume de Saturnin Hotot portait ces mots, *excluent en égal degré*. — La réponse est: 1° Que quand ils se trouveraient dans le texte de la coutume, ils devraient être entendus en ce sens, *en égal degré*, soit de leur chef, soit par le secours de la représentation; or, les neveux et nièces, quoiqu'ils soient de leur chef parents plus éloignés que les frères et sœurs, néanmoins, par le secours de la représentation, se trouvent placés au même degré, ce qui suffit pour qu'ils puissent les exclure. 2° Ces mots qui se trouvent dans l'édition d'Hotot, ne sont point dans toutes les autres, et se trouvent rayés sur l'original qui était à l'hôtel-de-ville, où Lalande atteste avoir vu la rature; cette rature n'a pu être faite que dans la crainte qu'on ne crût qu'on eût voulu ôter aux neveux et nièces qui viennent par représentation, l'avantage du double lien; il doit donc demeurer pour constant qu'on n'a pas voulu le leur ôter.

On a fait une autre question de savoir qui devait être préféré d'un oncle du défunt du double lien, ou d'un frère ou une sœur du simple lien? Il a été jugé en notre coutume pour le frère, par arrêt (du 19 janvier 1634) rapporté par Brodeau (sur Louet, lettre S, sommaire 17, n° 9, *in fine*). Ce qui est conforme au principe général que nous avons établi ci-dessus, que le parent, conjoint des deux côtés, n'a la prérogative du double lien, que sur les parents avec lesquels il est en égal degré, soit de son chef, soit au moins par le secours de la représentation; l'oncle n'étant donc point en aucune manière en égal degré avec le frère, il ne peut avoir sur le frère la prérogative du double lien, et le frère, comme le plus proche, le doit exclure. La raison de douter, est de ce que les mots *en pareil degré* avaient été rayés sur l'original; mais il est plus que probable qu'ils ne l'ont été que par la raison qui a été dite ci-dessus.

§ IX. *Pour quelles espèces de biens a lieu la prérogative du double lien?*

La prérogative du double lien n'a lieu que pour la succession des meubles et acquêts, et non pour celle des propres, la plupart des coutumes s'en expliquent, et cette distinction doit se suppléer dans celles qui ne s'en expliquent pas.

La raison sur laquelle cette distinction est fondée, est facile à apercevoir. La parenté paternelle et la parenté maternelle, donnant l'une et l'autre également droit à la succession des meubles et acquêts, le parent conjoint, *ex utroque latere*, qui réunit en lui ces deux parentés, a comme un double droit à cette succession contre le parent, *ex uno latere,* qui n'a que l'une de ces deux parentés. C'est pour cela que le parent conjoint, *ex utroque latere*, l'emporte sur lui.

Il n'en est pas de même de la succession des propres; il n'y a que la parenté du côté d'où le propre procède, qui donne droit à la succession de ce propre: d'où il suit que, pour la succession d'un propre paternel (par exemple), le frère germain du défunt n'a pas plus de droit que le frère consanguin; car il n'y a que la parenté paternelle qui donne droit au frère germain à la succession de ce propre, laquelle parenté le frère consanguin a aussi bien que lui; la parenté maternelle qu'il a de plus que le frère consanguin, est une parenté qui ne peut donner aucun droit à la succession d'un propre paternel, elle est entièrement étrangère pour cette succession; le frère consanguin y a donc autant de droit que le frère germain; ils doivent donc concourir, et le double

lien de parenté que l'un a sur l'autre, n'y doit être d'aucune considération [1].

La prérogative du double lien a-t-elle lieu dans la succession des propres qui ne sont affectés à aucune ligne? Par exemple, si le défunt laisse dans sa succession un héritage qui lui est venu de la succession de l'un de ses frères germains qui l'avait acquis, cet héritage est un propre dans sa succession, puisqu'il lui est venu de succession; mais c'est un propre qui n'est pas plus affecté à la ligne paternelle qu'à la ligne maternelle, puisque son frère qui l'avait acquis, et de la succession duquel il lui était venu, était son frère germain, et par conséquent, son parent paternel et maternel tout à la fois; la prérogative du double lien aura-t-elle lieu pour la succession de ce propre?

Pour la négative, on peut dire que la prérogative du double lien est de droit étroit, comme nous l'avons déjà observé plusieurs fois; qu'elle ne peut donc avoir lieu pour d'autres biens que pour ceux pour lesquels les coutumes l'ont accordée; que l'ayant accordée pour les meubles et acquêts, elle ne peut pas avoir lieu pour les propres. — Au contraire, pour l'affirmative on dira que les coutumes, en parlant des meubles et acquêts, n'en ont parlé que par opposition aux propres de ligne, et n'ont entendu exclure de la prérogative du double lien, que la succession des propres de ligne; que cela paraît, pour peu qu'on fasse attention à la raison de la distinction qu'on fait à cet égard entre les meubles et acquêts, et les propres; cette raison, comme on l'a déjà observé ci-dessus, est que l'une et l'autre des parentés paternelle et maternelle, donnent droit à la succession des meubles et acquêts; d'où il suit que celui qui réunit les deux parentés, y a un double droit contre celui qui n'a que l'une de ces deux parentés, et doit, par conséquent l'emporter sur lui, au lieu qu'il n'y a que l'une de ces deux parentés qui donne droit à la succession; savoir, celle du côté d'où le propre procède, l'autre n'y donne aucun droit; le parent qui réunit les deux parentés n'a donc pas plus de droit à la succession des propres, que les parents qui n'ont que la simple parenté du côté d'où le propre procède; c'est la raison pour laquelle il ne leur est pas préféré, et pour laquelle le double lien n'est d'aucune considération pour cette succession. Mais cette raison ne milite point du tout à l'égard des propres qui ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre; au contraire, la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien pour la succession des meubles et acquêts, milite également pour celle de ces propres sans ligne; l'une et l'autre des parentés paternelle et maternelle donnent droit à cette succession, comme à celle des meubles et acquêts; celui qui réunit les deux parentés y a donc un double droit, comme à celle des meubles et acquêts; et, par conséquent, il doit exclure dans cette succession ceux qui n'ont que l'une des deux parentés, comme dans celle des meubles et acquêts. Ces propres sans lignes sont, quant à la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien, entièrement semblables aux meubles et acquêts, et entièrement dissemblables des propres de ligne; et, par conséquent, ils doivent être compris dans ce que les coutumes ont ordonné pour la succession des meubles et acquêts par rapport à cette prérogative, et non pas dans ce qu'elles ont ordonné par rapport aux propres de ligne. Guiné (*Traité de la représentation du double lien*) rapporte un arrêt de 1691, qui a jugé pour cette opinion en la coutume de Blois.

---

[1] Notre Code ayant divisé toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux en deux parts égales pour attribuer l'une aux parents de la ligne paternelle, l'autre aux parents de la ligne maternelle (art. 733, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 70, not. 1), le raisonnement que fait ici Pothier au sujet des *propres* fait voir pourquoi la prérogative du double lien a dû être rejetée; en d'autres termes nous devons aujourd'hui raisonner sur chaque moitié de la succession, comme Pothier raisonnait sur les propres de l'un ou de l'autre côté; ce sont les mêmes règles qui sont applicables.

ART. III. — De la prérogative de masculinité dans la succession collatérale des fiefs [1].

En succession de fief en ligne collatérale, le masle en pareil degré forclost la femelle. Telle est la disposition de la coutume d'Orléans, art. 99. La coutume de Paris et plusieurs autres en ont de semblables.

Cette préférence qu'ont les mâles sur les femelles, n'est point fondée sur aucun intérêt des familles, ni sur ce que c'est par les mâles que les familles se perpétuent; mais sur ce qu'autrefois les filles, comme incapables du service militaire, n'étaient point capables de posséder des fiefs, ni d'y succéder; on les y a admises par la suite, mais à la charge que les parents mâles, lorsqu'ils seraient en égal degré avec elles, conserveraient l'ancien droit qu'ils avaient de les en exclure.

Cette préférence n'a lieu que dans la ligne collatérale; dans la ligne directe descendante, après que le fils aîné a prélevé son préciput, les enfants mâles et femelles partagent également les fiefs; et dans la ligne directe ascendante, la mère partage également les fiefs avec le père, l'aïeul avec l'aïeule, etc.

Il résulte de la raison que nous avons donnée de la préférence des mâles, qu'on ne considère pour cette préférence, que le sexe des parents qui se présentent de leur chef à la succession, et non point celui des personnes dont ils descendent. C'est pourquoi un neveu, fils d'une sœur du défunt, qui vient à la succession de son chef, exclura la nièce, fille d'un frère, quoique ce neveu, fils d'une sœur, ne soit point du nom du défunt, et qu'au contraire la nièce ait l'avantage d'être du nom de la famille du défunt.

Lorsque des parents succèdent, non de leur chef, mais par représentation, c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré pour cette préférence, et non celui des représentants.

De là il suit que, si les neveux, enfants d'une sœur du défunt, viennent à sa succession par représentation de leur mère, avec une sœur du défunt, et des nièces, enfants d'une autre sœur, ces neveux, quoique mâles, n'excluront de la succession des fiefs ni la sœur ni les nièces, enfants de l'autre sœur, parce que ces neveux venant par représentation de leur mère, ce n'est point leur sexe qui doit être considéré, mais celui de leur mère, et qu'ils ne peuvent pas avoir plus de droit pour exclure la sœur du défunt et les autres nièces, qu'en aurait eu leur mère qu'ils représentent, et dont ils tirent tout leur droit.

Non seulement le mâle qui succède par représentation de sa mère, n'a pas la prérogative d'exclure les sœurs et les nièces, filles des sœurs, il est lui-même exclu de la succession des fiefs par les frères du défunt, comme sa mère l'aurait été, ne pouvant pas avoir plus de droit que sa mère qu'il représente. C'est une seconde conséquence de la règle, qu'on considère le sexe de la personne représentée, plutôt que celui des représentants.

Ces deux conséquences ne souffrent aucune difficulté; et c'est une chose avouée de tous, que le mâle qui succède par représentation de sa mère, ne peut tirer aucun avantage de son sexe, ni pour exclure les sœurs et nièces du défunt de la succession des fiefs, ni pour éviter d'en être exclu par les frères du défunt, ou descendants des frères.

Vice versâ. Peut-on tirer cette autre conséquence de notre règle, que la fille qui succède par représentation de son père, ne souffre aucun préjudice de son sexe, qui l'empêche de pouvoir succéder aux fiefs, comme son père y aurait succédé, ni même de pouvoir exclure les sœurs du défunt et descendants des sœurs, comme son père l'aurait pu faire? Notre coutume, art. 323, a adopté cette conséquence, au moins pour la première partie, en décidant

[1] Il n'y a plus de fiefs, ni de prérogative de masculinité.

que la nièce, fille du frère, succède aux fiefs avec les frères du défunt ; elle ne lui donne pas néanmoins le droit d'exclure les sœurs du défunt ; mais ce n'est pas par le défaut de son sexe qui n'est point considéré, puisqu'elle ne le donne pas au neveu, mais par une autre raison que nous verrons ci-après.

Dans les autres coutumes, la question fait difficulté. Voyez ce qui en a été dit, et des autres questions qui y ont rapport, en l'article *de la représentation.*

La règle que nous avons établie, que c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré, et non celui des représentants, a lieu pour le partage principal de la succession, parce que ce n'est pas de leur chef, mais du chef de la personne représentée, que les représentants viennent à ce partage, ce sont les personnes qu'ils représentent qui sont, en quelque façon, censées partager plutôt qu'eux ; mais dans la subdivision, comme c'est de leur chef que les représentants subdivisent entre eux la portion échue à leur souche, on doit dans cette subdivision, considérer le propre sexe de chacun des représentants.

C'est pourquoi si plusieurs neveux et nièces ont succédé, par représentation de leur père, ou de leur mère, à leur oncle dans la subdivision de la portion des biens féodaux qui est échue à leur souche, les neveux excluront les nièces ; parce que c'est *ex propriâ personâ,* c'est de leur chef que ces neveux et nièces subdivisent ; c'est donc le propre sexe de chacun d'eux qui doit être considéré, et comme c'est un principe que nous avons déjà vu ailleurs, que les mêmes règles qui ont lieu pour le partage principal d'une succession, ont lieu pour la subdivision ; de même que, dans le partage principal d'une succession collatérale, les mâles excluent les femelles, pareillement dans la subdivision, les neveux doivent, par la prérogative de leur sexe, exclure les nièces. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de 1717, pour la succession du président Forget, en faveur de M. du Faultray, et depuis la question s'étant renouvelée, si cette règle devait avoir lieu dans la subdivision du lot échu à la représentation d'une sœur, elle y a pareillement été jugée en faveur des mâles de cette souche, par l'arrêt des Duhamel de 1649.

Lebrun apporte à cette décision un tempérament qui me paraît fort équitable, qui est que, s'il est échu au lot de cette souche beaucoup plus de fiefs qu'elle n'en amendait, et en conséquence moins de biens ordinaires, les nièces doivent être récompensées de ce qu'elles auraient dû avoir dans les biens ordinaires. Par exemple, je suppose qu'il y eût dans une succession pour 40,000 liv. de biens ordinaires, et pour autant de biens féodaux, et qu'ayant été partagés entre un frère survivant, et la représentation d'un autre frère prédécédé, il soit échu au lot de cette représentation un fief de 30,000 liv., et en conséquence pour 8,000 liv. seulement de biens ordinaires, les nièces doivent être récompensées de la part qu'elles auraient dans les 12,000 liv. qui manquent des 20,000 liv. à laquelle montait la moitié due à la représentation dans les biens ordinaires (Lebrun, liv. 3, ch. 5, sect. 4).

Contrà vice versâ. S'il est échu dans ce lot moins de fiefs que ce lot n'en amendait, et plus de biens ordinaires, il est également juste d'en récompenser les neveux.

Les parents collatéraux n'ont ce droit d'exclure les femelles de la succession des fiefs, que lorsqu'ils sont en égal degré avec elles ; car les coutumes disent *en pareil degré.*

Suffit-il qu'ils soient en égal degré, au moins par le secours de la représentation, quoiqu'ils n'y soient pas de leur chef? Les coutumes de Paris et d'Orléans ont décidé pour la négative, en décidant que le neveu, fils d'un frère, n'exclut pas la sœur du défunt dans les fiefs. Nous avons traité la question pour les autres coutumes dans l'article *de la représentation,* où nous renvoyons.

Le parent mâle, conjoint d'un seul côté dans les degrés, où, selon la coutume du lieu, la prérogative du double lien a lieu, exclut-il la femelle conjointe

de deux côtés? En un mot, lequel doit l'emporter en égal degré, ou de la prérogative de la masculinité, ou de celle du double lien? — On dit en faveur des mâles que leur droit, comme plus ancien, doit l'emporter sur la prérogative du double lien; que par l'ancien usage des fiefs, les mâles seuls y succédaient, à l'exclusion des filles, quoiqu'en degré plus proche; les filles étant alors inhabiles à les posséder et à y succéder; que les filles ont été admises depuis à cette succession, mais à la charge de la préférence des mâles, lorsqu'ils seraient en égal degré; qu'ils doivent être conservés dans cette préférence, *tant qu'ils sont en égal degré;* que la duplicité du lien qu'ont les filles pardessus eux, n'empêche pas qu'ils ne soient en égal degré; et par conséquent, ne doit pas empêcher que leur droit de préférence ne leur soit conservé. — Au contraire, on dit en faveur de la fille qui a le double lien, que la coutume a deux principes qui se croisent, celui qui donne la préférence au mâle sur la femelle en égal degré, et celui qui donne la préférence au parent, conjoint des deux côtés, sur celui qui ne l'est que d'un côté; que dans le cas dans lequel ces deux principes se croisent, l'un des parents ayant la prérogative de la masculinité, et l'autre celle du double lien, il faut donner l'avantage à celle des deux prérogatives qui est la plus grande, et qui mérite le plus de considération en matière de succession. Or, il paraît qu'en matière de succession, la prérogative du double lien est une plus grande prérogative que celle de la masculinité; car la prérogative du double lien est fondée dans la parenté même, laquelle se trouve plus grande et forme une union plus étroite, lorsqu'elle est du double lien, que lorsqu'elle est du simple lien. Or, une prérogative fondée sur la qualité de la parenté même, qui est ce qu'on doit considérer principalement dans les successions, puisque ce n'est qu'à titre de parent qu'on succède, est une prérogative incomparablement plus considérable en cette matière, que la prérogative de la masculinité, qui n'est fondée que sur le sexe et sur des vestiges d'un ancien droit des fiefs qui est aboli; la prérogative du double lien doit donc l'emporter. On peut ajouter qu'il paraît que notre coutume fait plus d'attention à la prérogative du double lien, qu'à celle de la masculinité; car elle ne veut pas que celle de masculinité passe aux représentants, au lieu que celle du double lien y passe. Enfin la question a été jugée dans notre coutume, en faveur de la sœur du double lien, contre le frère, par l'arrêt des Saint-Memin, rapporté par Levert, Lalande, et par tous les auteurs. Quand même les raisons alléguées pour la dernière opinion ne paraîtraient pas entièrement décisives, celles proposées pour la première opinion ne l'étant pas davantage, c'est le cas de s'en tenir à l'arrêt.

Il reste à observer que c'est fort mal à propos que Guiné prétend que le terme de notre coutume est contraire à l'arrêt; et que par ces mots qui sont à la fin de notre art. 330, *fors et excepté, qu'en fief le mâle exclut la femelle en pareil degré*, notre coutume a expressément conservé aux mâles leur droit de préférence pour les fiefs, sur les femelles qui auraient l'avantage du double lien; ce n'est point du tout le sens du texte; la coutume, à la fin de cet article, parle de la succession des propres, à l'égard de laquelle elle décide que la prérogative du double lien n'y est pas considérée, mais bien celle de la masculinité, c'est ce qu'elle veut dire par ces mots; *fors et excepté, etc.*

ART. IV. — De la succession des propres [1].

Nous avons vu amplement au *Traité de la Division des choses*, quelles étaient les choses qui étaient *propres* en matière de succession,

[1] « La loi ne considère ni la nature « ni l'origine des biens pour en régler « la succession. » Art. 732, C. civ. V. ci-dessus, p. 36, not. 2.

Cet article emprunté à la loi du 17 niv. an II, abroge la distinction des *propres* et des *acquêts* en matière de succession.

Les coutumes sont différentes sur la succession des propres. Il y en a qui remontent jusqu'à l'origine du propre; c'est-à-dire, jusqu'à celui de la famille qui, le premier, l'a acquis et mis en la famille; et ces coutumes qui remontent jusqu'à cette origine, se subdivisent en deux classes. La première est de celles qu'on appelle *souchères*, telle qu'est, par exemple, la coutume de Touraine. Ces coutumes affectent ces propres aux seuls descendants de ce premier acquéreur qui les a mis dans la famille. La seconde classe est de celles qui affectent le propre à toute la parenté de ce premier acquéreur, qui a mis l'héritage dans la famille, et non pas seulement à ses descendants; on les appelle *coutumes de côté et ligne* : parce que dans ces coutumes, pour succéder aux propres, il suffit de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille; il n'est pas nécessaire d'en être descendu.

Il y a d'autres coutumes qui ne remontent point jusqu'à l'origine du propre, mais adjugent indistinctement à tous les parents paternels les héritage qui sont advenus au défunt de la succession de son père, ou de quelqu'un de ses parents paternels, et adjugent à tous les parents indistinctement ceux qui sont advenus au défunt de la succession de sa mère, ou de quelqu'un de ses parents maternels, suivant cette règle, *paterna paternis, materna maternis.*

Enfin, il y a des coutumes qui ne se sont point expliquées sur la succession des propres.

On demande quelle disposition on doit suivre dans ces coutumes? Il semblerait d'abord que la qualité de propre ne devrait point, dans ces coutumes, être considérée dans les successions, et que le plus prochain parent du défunt, quoique d'une autre famille que celle dont l'héritage est venu au défunt, devrait y succéder, comme étant l'héritier de droit commun qui succède à toutes les choses qu'aucune loi n'a attribuées à d'autres. Néanmoins comme l'esprit général de tout le pays coutumier est de conserver les héritages propres aux familles d'où ils sont venus au défunt, on a jugé que, même dans les coutumes qui ne s'en étaient point expliquées, la succession des propres devait être déférée aux parents de la famille d'où ils étaient venus, à l'exclusion de ceux qui n'en étaient pas. Il y en a un arrêt de règlement pour la coutume de Chaumont en Bassigny, rapporté par Gousset sur cette coutume, lequel adjugea un propre de ligne dans cette coutume à des cousins maternels, préférablement au père du défunt.

Dans les coutumes qui ne s'en expliquent point, doit-on remonter jusqu'à l'origine d'où procède le propre, ou s'en tenir à la simple règle, *paterna paternis, materna maternis?* La raison de douter est que les coutumes qui remontent jusqu'à l'origine, et qui requièrent que, pour succéder aux propres, on touche au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, forment le plus grand nombre des coutumes, et semblent par conséquent former le droit commun qui doit servir de règle dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas; néanmoins il a été décidé, par les arrêts rapportés par Louet, lettre P, sommaire 28, n° 18, qu'on devait s'en tenir dans ces coutumes à la règle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter plus haut. Cette règle, pour la succession des propres, étant la plus simple, et par conséquent préférable dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Dans les coutumes qui observent la règle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter à l'origine du propre, si un héritage est advenu au défunt, *de cujus bonis agitur*, de la succession de son frère germain, lequel l'avait eu lui-même du père commun, les parents parternels excluront-ils la mère et les parents maternels? La raison de douter est que les parents maternels sont également comme les parents paternels, parents du frère germain, de la succession duquel l'héritage est venu au défunt, *de cujus bonis agitur*, ce qui semble devoir suffire dans ces coutumes qui ne remontent pas jusqu'à l'origine du propre. — Je pense néanmoins que les parents paternels doivent être préférés. Lorsqu'on dit que, dans ces coutumes, on ne remonte pas jusqu'à l'origine

du propre, cela signifie seulement qu'on ne remonte pas à une origine plus éloignée que celle du père ou de la mère du défunt, *de cujus bonis agitur;* mais on doit remonter au moins jusqu'à ces personnes; et par conséquent dans l'espèce présente, les parents paternels doivent exclure les maternels dans la succession du propre qui est venu au défunt, sinon immédiatement, au moins médiatement de son père; et par conséquent, c'est un propre paternel.

Dans les coutumes, telles que sont celles de Paris et d'Orléans, qui remontent jusqu'au premier acquéreur du propre qui l'a mis en la famille, il faut, comme nous l'avons dit, toucher de parenté, au moins collatérale, le premier acquéreur, pour pouvoir succéder à ce propre; mais entre tous les parents du défunt qui touchent de parenté le premier acquéreur, ce sont ceux qui sont au plus prochain degré de parenté qui succèdent à ce propre, à l'exclusion de ceux qui sont en degré plus éloigné; on ne considère point la proximité du degré avec ce premier acquéreur, dont il suffit d'être parent à quelque degré que ce soit, mais seulement la proximité du degré avec le défunt : c'est pourquoi un neveu du défunt succédera, concurremment avec l'oncle du défunt, à un propre avitin mis dans la famille par l'aïeul du défunt, quoique l'oncle touche de plus près le premier acquéreur, dont il est le fils, que ne le touche le neveu, qui n'en est que l'arrière-petit-fils; car la proximité n'est point considérée par rapport au premier acquéreur, mais par rapport au défunt, *de cujus bonis agitur*, avec lequel l'oncle et le neveu sont en parité de degré. Il suffit, au surplus, que l'oncle et le neveu touchent de parenté l'aïeul qui a mis l'héritage en la famille, quoiqu'ils le touchent en degré inégal.

Il faut observer, comme nous l'avons déjà fait en passant, en la section précédente, que, quoique dans ces coutumes-ci qui ne sont point *souchères*, il suffise de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille; néanmoins entre parents qui sont en égal degré avec le défunt, *de cujus bonis agitur*, ceux qui sont descendus de ce premier acquéreur, sont préférés à ceux qui ne le touchent que de parenté collatérale. Suivant ce principe, le neveu du défunt succède à un propre naissant paternel, préférablement à l'oncle paternel du défunt, parce que ce neveu descend du père qui a mis l'héritage en la famille; au lieu que l'oncle du défunt ne le touche que de parenté collatérale, étant son frère. Par la même raison, suivant l'art. 315 de Paris, le frère du défunt exclut, dans la succession du propre naissant paternel du défunt, l'aïeul paternel du défunt; et c'est de cet article qu'on a tiré, par conséquence, cette maxime sur laquelle il paraît que la disposition de l'article est fondée.

Observez encore que, dans les coutumes qui remontent jusqu'à celui qui a mis l'héritage en la famille, si le propre y est depuis si longtemps qu'on ne connaisse pas celui qui l'y a mis, en ce cas, le plus ancien des ancêtres, qui est connu pour l'avoir possédé, est réputé celui qui l'a mis en la famille; et c'est de cette personne d'où il faudra être descendu, pour pouvoir y succéder si la coutume est *souchère*, ou qu'il faudra toucher, au moins de parenté collatérale, si la coutume est *de côté et ligne*.

Lorsqu'il ne reste aucun parent de la ligne d'où le propre procède, les parents de l'autre ligne peuvent-ils y succéder? Par exemple, si le défunt n'a aucuns parents paternels, ses parents maternels pourront-ils succéder à ses propres paternels, *et vice versâ?* Les partisans du fisc avaient autrefois prétendu qu'ils n'y pouvaient succéder, et que la succession de ces propres était, en ce cas, dévolue au fisc. Cette erreur avait prévalu pendant un temps, et il y en a même des vestiges en quelques coutumes; mais enfin on a abandonné ce système. La raison qui doit faire admettre à cette succession les parents de l'autre ligne est sensible. Le plus proche parent du défunt est, de droit commun, l'héritier de tous ses biens; s'il est exclu de la succession des biens qui ne sont pas de sa ligne, ce n'est que parce que la loi municipale les affecte aux parents de la ligne d'où ces propres procèdent; la faveur de cette famille est la seule cause de l'exclusion des plus proches parents qui sont d'une autre fa-

mille; d'où il suit que, lorsque cette cause d'exclusion cesse (ce qui arrive lorsqu'il ne reste plus personne de la famille, en faveur de laquelle le plus proche parent, qui est d'une autre famille, est exclu), l'effet de l'exclusion doit cesser *cessante causâ, cessat effectus*, les choses doivent rentrer dans le droit commun, suivant lequel le plus proche parent succède à tous les biens du défunt; en un mot, la coutume, en appelant à la succession des propres les parents de la ligne, à l'exclusion des plus proches parents d'une autre famille, établit plutôt une préférence en faveur des parents de la ligne, sur le plus proche parent qui n'en est pas, qu'elle n'établit une exclusion absolue de ce plus proche parent. Il y a néanmoins quelques coutumes, comme le Maine, art. 286, Anjou, Normandie, qui appellent le fisc à défaut de parents de la ligne; mais dans les autres coutumes qui n'ont pas de semblables dispositions, les parents d'une autre ligne doivent exclure le fisc. Je crois même que le fisc doit être exclu, même dans les coutumes dans lesquelles on pourrait induire par conséquence, que ce droit de fisc y aurait été, lors de leur rédaction, supposé comme établi, et qu'il suffit pour l'exclure, qu'il ne soit pas appelé par une disposition formelle.

C'est une autre question dans les coutumes *de côté et ligne*, telles que celles de Paris et d'Orléans, si, à défaut de parents du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, ceux qui sont parents du côté de celui par la succession duquel l'héritage est advenu au défunt, *de cujus bonis agitur*, doivent être préférés à ceux de l'autre ligne. Par exemple, pour la succession d'un propre qui procède du bisaïeul paternel du défunt, ne se trouvant aucuns parents du côté de ce bisaïeul, les cousins paternels seront-ils préférés à la mère du défunt, ou aux frères utérins du défunt, suivant la règle, *paterna paternis?* Non: la succession des propres est une exception au droit commun, et à la règle générale qui attribue la succession aux plus proches parents: les lois municipales de Paris et d'Orléans, et autres semblables, font cette exception en faveur de la famille de celui qui a mis le premier l'héritage en la famille; tous ceux qui ne sont point de cette famille n'étant point compris dans l'exception, ne peuvent disputer la succession au plus proche parent, à qui la règle générale la défére. Quant à la règle *paterna paternis*, la réponse est que cette règle a été plus ou moins limitée par les différentes coutumes; il y en a qui appellent tous les parents parternels à la succession d'un propre paternel; d'autres telles que celle de Paris et la nôtre, qui n'appellent que les parents paternels de la famille particulière du premier acquéreur d'où procède le propre. Cette opinion me paraît plus conforme aux principes, elle est aussi la plus commune, et autorisée par les arrêts. Je sais que Lemaître, qui est d'avis contraire, rapporte un arrêt (du 31 décembre 1688) pour son opinion; mais il n'en rapporte qu'un. (Lemaître, tit. 15, p. 528).

La même question peut avoir lieu dans les coutumes *souchères*; on doit, suivant notre principe, décider qu'à défaut de parents descendus du premier acquéreur, c'est le plus proche parent du défunt qui succède.

CHAPITRE III.

De l'ouverture des successions; comme elles s'acquièrent, et de la règle le mort saisit le vif; comment elles s'acceptent, et comment elles se répudient; du temps accordé à l'héritier pour délibérer.

SECT. Ire. — DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

Il n'est pas douteux qu'il y a ouverture à la succession d'une personne par sa mort naturelle [1]. La succession d'un absent est aussi présumée ouverte au bout d'un certain temps, lorsqu'on n'a point eu de ses nouvelles [2]. Il arrive quelquefois qu'il y a ouverture à la succession d'une personne, même auparavant sa mort naturelle; savoir par sa profession religieuse, ou par sa condamnation à une peine capitale, lorsqu'elle laisse des biens situés dans une province où le droit de confiscation n'a pas lieu. —Nous parlerons de ces différentes manières en trois paragraphes différents, après avoir observé auparavant qu'il y a un cas singulier, auquel il peut y avoir lieu deux fois à l'ouverture de la succession d'une même personne. C'est lorsqu'un religieux est devenu évêque; car il y a ouverture, une première fois, à sa succession par sa profession religieuse, tous les droits actifs et passifs, et les biens qu'il avait alors, passent à ses parents qui étaient alors habiles à lui succéder; et, comme par l'épiscopat il est rendu à la vie civile, il y a de nouveau, par sa mort naturelle, ouverture à sa succession; et tous les droits et biens qu'il a acquis, et les obligations qu'il a contractées depuis qu'il a été promu à l'épiscopat, passent à ses parents qui sont pour lors habiles à lui succéder.

§ I. *De l'ouverture de la succession d'une personne par sa mort naturelle, et quand est présumée ouverte celle d'un absent dont on n'a point de nouvelles.*

Il ne peut y avoir lieu à aucune question sur ce sujet, par rapport à l'ouverture que la mort naturelle d'une personne, fait de sa succession, lorsque le

---

[1] *V.* art. 718, C. civ. : « Les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile.»

[2] La décaration d'absence, constatée dans la forme légale, occasionne un envoi en possession *provisoire*, et l'exercice *provisoire* de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. *V.* art. 120 et 123, C. civ.

Art. 120 : « Dans le cas où l'absent « n'aurait point laissé de procuration « pour l'administration de ses biens, « ses héritiers présomptifs, au jour de « sa disparition ou de ses dernières « nouvelles, pourront, en vertu du ju« gement définitif qui aura déclaré l'ab« sence, se faire envoyer en possession « provisoire des biens qui appartenaient « à l'absent au jour de son départ ou « de ses dernières nouvelles, à la charge « de donner caution pour la sûreté de « leur administration.»

Art. 123 : « Lorsque les héritiers pré« somptifs auront obtenu l'envoi en « possession provisoire, le testament, « s'il en existe un, sera ouvert à la ré« quisition des parties intéressées, ou « du procureur du Roi près le tribunal; « et les légataires, les donataires, ainsi « que tous ceux qui avaient sur les « biens de l'absent des droits subor« donnés à la condition de son décès, « pourront les exercer provisoirement, « à la charge de donner caution.»

temps de sa mort est certain et connu. Mais c'est une question difficile à décider, de quand doit être présumée ouverte la succession d'une personne dont on ne sait ni la vie, ni la mort. L'opinion la plus problable est de réputer sa succession ouverte du jour de la dernière nouvelle qu'on a eue de lui; ce n'est pas qu'il y ait lieu de présumer qu'il est mort dès ce temps, plutôt que dans un autre temps; mais c'est que n'y ayant aucune raison d'assigner sa mort à un temps plutôt qu'à un autre, et étant néanmoins nécessaire de fixer le temps de l'ouverture de sa succession, on ne peut mieux le fixer qu'au temps où on a cessé d'avoir des nouvelles de lui; parce que, s'il n'est pas effectivement mort dès ce temps, il l'est au moins équipollemment par rapport à la société des hommes; car par rapport à la société, c'est à peu près la même chose qu'un homme n'existe point, ou qu'on n'ait aucune connaissance de son existence. [1]

On n'admet pas néanmoins les parents d'un absent à se mettre en possession de ses biens, aussitôt qu'on a cessé d'avoir des nouvelles de lui; on attend pour cela un temps assez considérable, surtout lorsqu'il a laissé procuration à quelqu'un pour administrer ses affaires. Ce temps est différemment réglé par quelques coutumes. Dans celles qui n'en ont point de disposition, on le fixe ordinairement à dix ans; mais lorsque ce temps s'est écoulé depuis la dernière nouvelle, sa succession est présumée ouverte dès le temps de la dernière nouvelle; et on admet à la partager provisionnellement, non pas ceux précisément qui se trouvent pour lors habiles à lui succéder, mais ceux qui l'étaient dans ce temps, ou ceux qui ont succédé à ces personnes [2].

Lorsqu'une personne a cessé de paraître après un combat où elle était, il n'y a aucun doute que sa succession doit être censée ouverte du jour de ce combat, y ayant tout lieu de présumer qu'elle y a été tuée; et il n'est pas, en ce cas, nécessaire d'attendre un temps si considérable pour mettre les parents de cette personne en possession de ses biens [3].

Au reste, dans ce cas comme dans le précédent, et toutes les fois qu'il n'y a pas des preuves certaines et juridiques de la mort d'une personne, ses parents ne doivent pas se mettre, de leur autorité privée, en possession de ses biens; mais ils doivent s'en faire mettre en possession par le juge du lieu du dernier domicile de la personne, et faire leurs soumissions de restituer les biens à la personne, si elle reparaît; car, tant qu'on n'a point de preuves cer-

---

[1] L'art. 120, C. civ., v. note précédente, se réfère également à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles, pour déterminer ceux qui ont droit à se faire envoyer en possession provisoire.

[2] Il faut que quatre ans se soient écoulés sans nouvelles, ou dix ans s'il y avait procuration, pour être recevables à provoquer la déclaration d'absence, et dans les deux cas, il faut encore un an entre le jugement qui aurait ordonné l'enquête, et celui qui déclare l'absence. V. art. 115, 121 et 119, C. civ.

Art. 115 : « Lorsqu'une personne « aura cessé de paraître au lieu de son « domicile ou de sa résidence, et que « depuis quatre ans on n'en aura point « eu de nouvelles, les parties intéres- « sées pourront se pourvoir devant le « tribunal de première instance, afin « que l'absence soit déclarée. »

Art. 121 : « Si l'absent a laissé une « procuration, ses héritiers présomptifs « ne pourront poursuivre la déclaration « d'absence et l'envoi en possession « provisoire, qu'après dix années ré- « volues depuis sa disparition ou depuis « ses dernières nouvelles. »

Art 119 : « Le jugement de décla- « ration d'absence ne sera rendu qu'un « an après le jugement qui aura or- « donné l'enquête. »

[3] Ce cas particulier n'est point prévu par le Code, il faut donc s'en référer à la règle générale : V. cependant la loi du 13 janvier 1817, sur les militaires absents.

taines et juridiques de la mort d'une personne, il n'y a point d'ouverture certaine de sa succession, mais seulement une ouverture présumée; et si, par la suite, la personne dont on a partagé les biens comme d'une personne morte, vient à reparaître, ou à donner de ses nouvelles, sa succession sera réputée n'avoir jamais été ouverte, et ses biens devront être restitués, ou à cette personne, si elle reparaît, ou à ceux qui se trouveront habiles à lui succéder, lors des dernières nouvelles qu'on aura eues d'elle depuis qu'on l'avait crue morte, et qu'on avait partagé ses biens [1].

Il y a lieu à une autre espèce de question. Lorsque deux personnes, dont l'une est héritière de l'autre, sont mortes à peu près en même temps et qu'on ignore laquelle des deux est morte la première, il est très intéressant de savoir laquelle des deux sera censée morte la première, et avoir donné par sa mort ouverture à sa succession. Supposons, par exemple, qu'un père est mort

---

[1] *V.* Art. 125 à 133, C. civ.

Art. 125 : « La possession provisoire « ne sera qu'un dépôt, qui donnera à « ceux qui l'obtiendront, l'administra- « tion des biens de l'absent, et qui les « rendra comptables envers lui, en cas « qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses « nouvelles.»

Art. 126 : « Ceux qui auront obtenu « l'envoi provisoire, ou l'époux qui « aura opté pour la continuation de la « communauté, devront faire procéder « à l'inventaire du mobilier et des ti- « tres de l'absent, en présence du pro- « cureur du Roi près le tribunal de « première instance, ou d'un juge-de- « paix requis par ledit procureur du « Roi. — Le tribunal ordonnera, s'il « y a lieu, de vendre tout ou partie du « mobilier. Dans le cas de vente, il sera « fait emploi du prix, ainsi que des « fruits échus. — Ceux qui auront ob- « tenu l'envoi provisoire, pourront re- « quérir, pour leur sûreté, qu'il soit « procédé, par un expert nommé par « le tribunal, à la visite des immeubles, « à l'effet d'en constater l'état. Son rap- « port sera homologué en présence du « procureur du Roi; les frais en seront « pris sur les biens de l'absent.»

Art. 127 : « Ceux qui, par suite de « l'envoi provisoire, ou de l'adminis- « tration légale, auront joui des biens « de l'absent, ne seront tenus de lui « rendre que le cinquième des revenus, « s'il reparaît avant quinze ans révolus « depuis le jour de sa disparition; et le « dixième, s'il ne reparaît qu'après les « quinze ans.—Après trente ans d'ab- « sence, la totalité des revenus leur « appartiendra.»

Art. 128 : « Tous ceux qui ne joui- « ront qu'en vertu de l'envoi provi- « soire, ne pourront aliéner ni hypothé- « quer les immeubles de l'absent.»

Art. 129 : « Si l'absence a continué « pendant trente ans depuis l'envoi pro- « visoire, ou depuis l'époque à laquelle « l'époux commun aura pris l'adminis- « tration des biens de l'absent, ou s'il « s'est écoulé cent ans révolus depuis « la naissance de l'absent, les cautions « seront déchargées; tous les ayants- « droit pourront demander le partage « des biens de l'absent, et faire pro- « noncer l'envoi en possession définitif « par le tribunal de première instance.»

Art. 130 : « La succession de l'absent « sera ouverte du jour de son décès « prouvé, au profit des héritiers les « plus proches à cette époque; et ceux « qui auraient joui des biens de l'absent, « seront tenus de les restituer, sous la « réserve des fruits par eux acquis en « vertu de l'art. 127.»

Art. 131 : « Si l'absent reparaît, ou « si son existence est prouvée pendant « l'envoi provisoire, les effets du juge- « ment qui aura déclaré l'absence ces- « seront; sans préjudice, s'il y a lieu, « des mesures conservatoires prescrites « au chap. 1er du présent titre, pour « l'administration de ses biens.» (Art. 112, 113 et 114.)

Art. 132 : « Si l'absent reparaît, ou « si son existence est prouvée, même « après l'envoi définitif, il recouvrera « ses biens dans l'état où ils se trouve- « ront, le prix de ceux qui auraient été « aliénés, ou les biens provenant de « l'emploi qui aurait été fait du prix « de ses biens vendus.»

avec son fils dans un naufrage, dans un combat, dans un incendie; il est très important de savoir lequel est mort le premier; car, si le fils est mort le premier, la moitié des meubles passe, par la mort du père, aux héritiers du mari; si, au contraire, il est mort le dernier, il aura succédé à ces meubles, à son père, ils se trouveront dans sa succession, et sa mère, comme héritière de son fils au mobilier, y succédera.

Ces questions se décident par des présomptions qui résultent des circonstances. Dans un combat, celui qui était dans l'avant-garde doit être présumé tué avant celui qui était dans l'arrière-garde; dans un incendie, celui qui était dans l'appartement par où le feu a pris, doit être présumé mort avant celui qui était dans un appartement plus éloigné : si le père et le fils étaient dans le même appartement, ou s'ils sont péris dans un naufrage, le fils, pubère à cause de l'ordre de la nature, et comme étant dans un âge plus vigoureux, sera présumé avoir survécu son père. L. 9, §§ 1 et 4; L. 22, ff. *de Reb. dubiis;* au contraire, le fils impubère, à cause de la faiblesse de son âge, sera censé avoir résisté moins longtemps, et être mort le premier [1]; *d.* L. 9, § 4, et L. 23, ff. *eod. tit.* .

Dans le massacre de la femme de Bobé, qui était la fille de Dumoulin, on jugea que la mère devait avoir été massacrée avant ses enfants, dont l'un avait huit ans, et l'autre vingt-deux mois, parce que les voleurs avaient intérêt de se défaire d'abord de la mère.

§ II. *De l'ouverture de la succession d'une personne par sa profession religieuse.*

La profession religieuse que fait une personne lui faisant perdre la vie civile, donne ouverture à sa succession.

Il faut pour cela que la profession religieuse soit accompagnée de toutes les conditions nécessaires pour la rendre valable; savoir, qu'elle ait été faite dans un ordre approuvé, après une année entière de noviciat, à compter du jour de la prise d'habit, à l'âge de vingt et un ans accomplis pour les hommes, et dix-huit pour les filles, qu'elle ait été faite publiquement, et qu'elle soit constatée par un acte en la forme prescrite par l'ordonnance; enfin qu'elle ait été faite sans contrainte.

Au reste, des parents qui auraient intérêt que la succession n'eût pas été ouverte dès le temps de la profession, ne seraient pas recevables à alléguer la contrainte, si celui qui fait profession était mort sans réclamer.

La succession d'un jésuite, comme celle des autres religieux, est ouverte

---

[1] *V.* art. 720, 721, 722, C. civ. qui consacrent les mêmes principes.

Art. 720 : « Si plusieurs personnes « respectivement appelées à la succes« sion l'une de l'autre, périssent dans « un même événement, sans qu'on « puisse reconnaître laquelle est dé« cédée la première, la présomption « de survie est déterminée par les cir« constances du fait, et, à leur défaut, « par la force de l'âge ou du sexe. »

Art. 721 : « Si ceux qui ont péri en« semble avaient moins de quinze ans, « le plus âgé sera présumé avoir sur« vécu.—S'ils étaient tous au-dessus de « soixante ans, le moins âgé sera pré« sumé avoir survécu. — Si les uns « avaient moins de quinze ans, et les « autres plus de soixante, les premiers « seront présumés avoir survécu. »

Art. 722 : « Si ceux qui ont péri en« semble, avaient quinze ans accomplis « et moins de soixante, le mâle est tou« jours présumé avoir survécu, lors« qu'il y a égalité d'âge, ou si la diffé« rence qui existe n'excède pas une « année.—S'ils étaient du même sexe, « la présomption de survie, qui donne « ouverture à la succession dans l'ordre « de la nature, doit être admise : ainsi « le plus jeune est présumé avoir sur« vécu au plus âgé. »

par la profession qu'il fait après le noviciat, quoiqu'il puisse être congédié de la société, et retourner au siècle.

Il est vrai que l'ouverture de sa succession dépend de la condition de sa persévérance en la société; et que, s'il est congédié avant l'âge de trente-trois ans, sa succession sera censée n'avoir point été ouverte, et ses biens lui devront être rendus, sans néanmoins aucune restitution des fruits, mais s'il y reste jusqu'à trente-trois ans, sa succession sera réputée avoir été ouverte dès le temps de ses premiers vœux [1].

§ III. *De l'ouverture de la succession par la condamnation à une peine capitale.*

Dans les provinces telles que les nôtres, où la confiscation a lieu, le condamné à peine capitale, devient, par la condamnation, incapable de transmettre sa succession, et d'avoir des héritiers : c'est pourquoi on ne peut pas dire que sa condamnation donne ouverture à sa succession.

Mais comme il y a des provinces dans le royaume où le droit de confiscation n'a pas lieu si ce n'est en cas de crime de lèse-majesté, telles que la Guienne, le Berry, l'Anjou, le Maine ; si un condamné à peine capitale a des biens situés dans ces provinces, la condamnation à une peine capitale, qui est celle de mort, des galères à perpétuité, ou du bannissement pour toujours hors le royaume, donne ouverture à sa succession pour lesdits biens [2].

Il n'est pas douteux que la condamnation à peine capitale, lorsqu'elle est contenue dans un arrêt ou jugement en dernier ressort contradictoire, donne ouverture à cette succession du jour de la date du jugement [3].

Si le jugement n'était pas en dernier ressort, l'effet est en suspens jusqu'à la confirmation ; s'il est infirmé, ou que le condamné soit mort pendant l'appel, le jugement n'aura point donné ouverture à sa succession ; mais s'il est confirmé, la succession du condamné sera réputée ouverte du jour du jugement, et non pas seulement du jour de l'arrêt; car c'est du jour du jugement qu'il a encouru la mort civile, suivant que nous l'avons vu chapitre premier.

Si le jugement est par contumace, et que le condamné meure après les cinq ans sans s'être représenté, comme, en ce cas, il est censé avoir perdu la vie civile du jour de l'exécution de la sentence par contumace, sa succession sera censée ouverte dès ce jour [4].

Que s'il est mort dans les cinq ans sans s'être représenté, ou qu'il se soit représenté, ou ait été constitué prisonnier, même après les cinq ans, la condamnation étant, en ce cas, anéantie, sa succession ne sera ouverte que par sa mort naturelle, ou par une nouvelle condamnation qui interviendrait [5].

---

[1] Nos lois nouvelles ne reconnaissent point de profession religieuse, donnant ouverture à la succession.

[2] La confiscation est abolie (*V.* art. 57 de la charte ci-dessus, p. 82, note 2), et la mort civile ouvre la succession. (*V.* art. 25, C. civ., p. 11, note 2.)

[3] Aujourd'hui, du moment de l'exécution. *V.* art. 26 et 719, C. civ., ci-dessus, p. 12, note 1, C. civ.

Art. 719 : « La succession est ouverte « par la mort civile, du moment où « cette mort est encourue, conformé- « ment aux dispositions de la section II « du chapitre II du titre *de la Jouis-* « *sance et de la Privation des Droits* « *civils.* » (Art. 26.)

[4] *V.* art. 27, C. civ., ci-dessus, p. 12, note 1.

[5] *V.* art. 31, C. civ., ci-dessus, p. 12, note 1.

SECT. II. — COMMENT S'ACQUIÈRENT LES SUCCESSIONS? ET DE LA RÈGLE LE MORT SAISIT LE VIF.

Suivant le droit romain, la succession qui était déférée à un héritier, ne lui était pas acquise jusqu'à ce qu'il l'eût acceptée, à moins qu'il ne fût de ces héritiers qu'on appelle *nécessaires*.

Au contraire, suivant notre droit français, une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déférée, et avant qu'il en ait encore la moindre connaissance; c'est-à-dire, dès l'instant de la mort naturelle ou civile du défunt qui a donné ouverture à sa succession.

C'est ce que signifie [1] cette règle de notre droit français, qui est en la coutume de Paris, art. 318, et en la nôtre, art. 301, *le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder.*

Cette règle a lieu dans toutes les provinces du royaume, et quoiqu'elle soit diamétralement opposée aux principes du droit romain, elle ne laisse pas d'être suivie dans les provinces du royaume, régies par le droit romain.

Elle a lieu à l'égard des héritiers testamentaires en pays de droit écrit, et dans les coutumes qui les admettent, aussi bien qu'à l'égard des héritiers légitimes.

Il n'en est pas de même des légataires universels, quoiqu'ils soient en quelque chose *hæredis loco*, ils ne sont point saisis, ils doivent demander à l'héritier la délivrance de leur legs [2]. Lebrun dit que l'héritier présomptif qui renonce à la succession pour se tenir à son legs, est saisi des choses qui lui sont léguées; cela ne me paraît pas véritable.

Le sens de cette règle est : *le mort*, c'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit, dès l'instant de sa mort naturelle ou civile, qui est le dernier instant de sa vie; *Saisit*, c'est-à-dire est censé mettre en possession de tous ses droits et biens; *Le vif*[3], *Son hoir plus proche*, c'est-à-dire celui qui lui survit, et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier.

L'article ajoute, *habile à lui succéder*, ce qui se sous-entendrait assez, quand cela n'aurait pas été ajouté; car il est très évident qu'il n'y a que ceux qui sont habiles à succéder; c'est-à-dire capables de succéder, qui puissent être saisis des droits et biens de la succession. Sur ceux qui sont habiles ou non à succéder, voyez ci-dessus.

L'héritier est censé saisi de cette manière, non-seulement de sa part en la succession qui lui est déférée de son chef, mais même de celles qui lui accroissent par les renonciations de ses cohéritiers, appelés comme lui à la succession du défunt. Pour cela, la loi donne à ces renonciations un effet rétroactif au temps de l'ouverture de la succession, ces renonçants sont censés avoir re-

---

[1] Il n'est pas bien sûr que tel soit le sens de la règle, *le mort saisit le vif*: nous pensons au contraire que cette règle est absolument étrangère à l'acquisition de la succession; les légataires, les successeurs irréguliers qui ne sont point saisis, deviennent cependant propriétaires *voluntate legis*, à l'instant de l'ouverture de la succession.

[2] Le Code civil accorde la saisine au légataire universel, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve, art. 1006, C. civ. Art. 1006 : « Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance. »

[3] Voilà le véritable sens de la règle, *le mort saisit le vif*: c'est-à-dire l'acquisition légale de la possession sans l'appréhension, ou l'occupation du corps héréditaire.

noncé à la succession dès l'instant de son ouverture [1] ; et le défunt est censé, sur leur refus, ne les avoir point saisis des portions que la loi leur déférait, et en avoir, dès cet instant, saisi immédiatement leurs cohéritiers, à qui ces portions accroissent.

Lorsque tous les héritiers qui étaient dans le degré le plus proche, renoncent à la succession, et qu'elle est acceptée par les parents du degré suivant, on donne pareillement un effet rétroactif à leur renonciation, et le défunt est censé, dès l'instant de l'ouverture de la succession, sur le refus de ses héritiers du plus prochain degré, avoir saisi directement et immédiatement de tous les droits et biens de la succession, ceux du degré suivant [2].

Pareillement, lorsqu'un parent plus éloigné, en se portant héritier pur et simple, exclut, suivant le droit que la loi lui en accorde, ainsi que nous le verrons ci-après, un héritier bénéficiaire plus proche en degré qui n'a pas voulu renoncer au bénéfice d'inventaire [3], ce parent plus éloigné est censé avoir été seul saisi, dès l'instant de l'ouverture de la succession, de tous les droits et biens de la succession, l'héritier bénéficiaire qui est par lui exclu, est censé n'avoir jamais été héritier, et si de fait il avait été en possession des effets de la succession il est censé en avoir été en possession de la même manière qu'une personne qui s'en serait mise en possession sans être héritière.

Cette saisine de l'héritier est une pure fiction de la loi *commentum nostri juris civilis*, le mort est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il n'ait et qu'il n'ait pu avoir aucune volonté de le faire, comme dans le cas de la succession d'un enfant ou d'un insensé.

Il y a plus, il est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il ait eu une volonté contraire. Par exemple, si un père a exhérédé injustement son fils, et qu'après sa mort le juge ait cassé l'exhérédation, la règle, *le mort saisit le vif*, ne laissera pas d'avoir lieu, le père ne laissera pas d'être censé avoir saisi son fils de ses droits et biens, quoiqu'il ait eu une volonté contraire, puisque sa volonté était de l'en dépouiller, la loi fait pour lui, en ce cas malgré lui, ce qu'il aurait dû faire. *Calumniantis iniquitates expellit. Arg. proœm. Inst.*

C'est pour cela que la coutume de Poitou, art. 273, dit : « L'on ne peut faire par testament ou legs, quelque peine qui y soit apposée, que l'héritier ne soit saisi des choses que le défunt tenait au temps de son trépas. » Cette disposition n'est pas particulière à la coutume de Poitou, mais c'est une déclaration de la règle générale, *le mort saisit le vif*, qui doit être suivie partout.

Il n'est besoin non plus pour cette saisine d'aucune volonté de la part de l'héritier qui est saisi, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas de sa part une volonté contraire.

C'est pourquoi il est réputé saisi dès l'instant de la mort du défunt, quoiqu'il n'ait encore aucune connaissance de la mort, ni que par conséquent il puisse avoir aucune volonté d'accepter une succession qu'il ne sait point encore lui être déférée, car la volonté suppose une connaissance de ce qu'on veut.

---

[1] *V.* art. 785, C. civ.

Art. 785 : « L'héritier qui renonce « est censé n'avoir jamais été héritier. »

[2] Il en sera sans doute ainsi *ex post facto*, c'est-à-dire, après l'acceptation du degré subséquent, mais est-il vrai que par la renonciation seule du parent du degré plus proche, la saisine soit accordée au parent du degré subséquent? nous ne pouvons le croire. On comprendrait difficilement dans ce système, pourquoi le renonçant peut changer d'avis et accepter de nouveau ; car si le degré subséquent est légalement et immédiatement saisi, pourquoi le renonçant pourrait-il le dépouiller? D'ailleurs, cette dévolution de saisine à tous les degrés, mettrait les créanciers dans la nécessité de s'adresser successivement à tous les degrés avant de faire procéder à la nomination d'un curateur, ce qui serait un grave inconvénient.

[3] Ce droit n'a plus lieu aujourd'hui.

Par la même raison un enfant, un insensé qui se trouve en degré de succéder à son parent, est saisi de sa succession, quoiqu'il ne soit pas capable d'avoir la volonté de l'être, *cum furiosi et infantis nulla sit voluntas.*

L'héritier peut bien acquérir la succession *ignorant;* mais il ne peut pas l'acquérir *invitus;* sa volonté n'est pas nécessaire pour cette saisine; mais sa volonté contraire l'empêche; c'est ce que signifie cette autre maxime de droit français qui se trouve dans la coutume de Paris, art. 316, et dans la nôtre, art. 335, *il ne se porte héritier qui ne veut.* Cette règle est commune à tous les héritiers de la ligne directe aussi bien que de la collatérale [1], et nous ne connaissons aucuns héritiers nécessaires comme il y en avait chez les Romains.

La saisine de l'héritier établie par la règle *le mort saisit le vif,* est donc en suspens, jusqu'à ce que l'héritier se soit décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la succession. S'il l'accepte, la saisine a son effet; il est réputé saisi de la succession dès l'instant de la mort du défunt; s'il la répudie, il est réputé ne l'avoir jamais été. Au reste, cette saisine a cet effet, que si l'héritier meurt avant que de s'être décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la succession, ou même avant que d'avoir une connaissance qu'elle lui fût déférée, il transmet, parmi ses biens, à ses héritiers, cette succession, dont il est réputé avoir été saisi dès l'instant de la mort du défunt [2].

Mais il la leur transmet avec la même faculté qu'il aurait eue lui-même de la répudier; et si les héritiers jugent à propos, de son chef et comme ses héritiers, de la répudier, il sera réputé n'en avoir jamais été saisi.

Il y a plus, quand même le parent d'un degré éloigné, qui ne pouvait être rappelé à la succession du défunt, que par la répudiation de l'héritier en degré plus proche, serait mort avant cette répudiation; si l'héritier en degré plus proche vient par la suite à répudier la succession, ce parent, en degré plus éloigné, étant censé en avoir été saisi sur le refus du plus proche, dès l'instant de la mort du défunt, comme nous l'avons remarqué ci-dessus, il sera réputé l'avoir transmise à ses héritiers [3].

Cette saisine consiste en ce que tous les droits du défunt, toutes ses obligations, dès l'instant de sa mort, passent de sa personne en celle de ses héritiers, qui deviennent en conséquence, dès cet instant, chacun pour la part dont ils sont héritiers, sans qu'il intervienne rien de leur part, propriétaires de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, créanciers de tout ce dont il était créancier, débiteurs de tout ce dont il était débiteur; ils ont, dès cet instant, le

---

[1] *V.* art. 775, C. civ.

Art. 775: « Nul n'est tenu d'accepter « une succession qui lui est échue.»

[2] La transmission n'est point un effet de la saisine; car ceux qui ne sont pas saisis, transmettent très bien. *V.* art. 1014 et 1011, C. civ.

Art. 1014: « Tout legs pur et simple « donnera au légataire, du jour du décès « du testateur, un droit à la chose lé- « guée, droit transmissible à ses héri- « tiers ou ayants-cause. — Néanmoins « le légataire particulier ne pourra se « mettre en possession de la chose lé- « guée, ni en prétendre les fruits ou « intérêts, qu'à compter du jour de sa « demande en délivrance, formée sui- « vant l'ordre établi par l'art. 1011, ou « du jour auquel cette délivrance lui « aurait été volontairement consentie.»

Art. 1011: « Les légataires à titre « universel seront tenus de demander « la délivrance aux héritiers auxquels « une quotité des biens est réservée « par la loi; à leur défaut, aux légatai- « res universels; et à défaut de ceux- « ci, aux héritiers appelés dans l'ordre « établi au titre *des Successions.* »

[3] Toujours la même confusion entre le *droit* et la *possession.*

droit d'intenter toutes les actions que le défunt aurait eu droit d'intenter, et sont sujets à toutes celles auxquelles le défunt aurait été sujet [1].

Il y a plus (ce qui est bien contraire aux principes du droit romain, et aux idées naturelles), la possession qu'avait le défunt des choses de la succession, quoique la possession soit une chose de fait, est, par cette règle, réputée passer à l'héritier, sans aucune appréhension de fait, de sa part; il est réputé possesseur des mêmes choses que le défunt possédait lors de sa mort, et de la même manière que l'était le défunt, quoique de fait cet héritier ne les ait jamais possédées; et il peut, en cette qualité de possesseur, former l'action en complainte contre tous ceux qui se seraient mis en possession de quelques effets de la succession, soit du vivant du défunt, soit depuis sa mort, pourvu qu'ils ne l'aient pas encore acquise par an et jour [2].

---

[1] Mais ces effets ne sont point la conséquence de la saisine : il en est ainsi, parce que l'héritier succède à la personne, qu'il la représente, qu'il en est le continuateur. Chez les Romains, tous ces effets avaient lieu, et cependant la saisine leur était inconnue. L'acquisition des droits par *l'adition,* était très distincte de l'acquisition de la possession.

[2] Voilà le véritable effet de la saisine : *nota*, dit Dumoulin, *quod virtus et effectus illius Consuetudinis* (le mort saisit le vif), *nihil aliud est quàm continuatio possessionis à moriente in ejus hæredem, et sic est non nova, nec alia, sed omninò et identicè eadem ipsa possessio numero et essentialiter quæ et qualis erat penès defunctum in puncto mortis.*

Gallorum moribus, dit Perezius, *receptum scimus mortuum saisire vivum, id est mortuum continuare possessionem in suum hæredem nunc viventem, juxtà proverbium: mortuus aperit oculos viventis.*

« La possession, dit l'ancienne coutume de Bourgogne, art. 310, est « continuée de la personne morte à son « propre hoir, combien qu'il ne l'ait « prinse corporellement, et est une « chose qui est dit vulgaument : *mor-* « *tuus saisit vivum et investit.* »

Quelques coutumes, notamment celle de Bourgogne, art. 311, ne donnaient cette saisine qu'autant que l'héritier avait dans l'année pris possession réellement et de fait.

Nous ne devons donc voir dans la saisine qu'une anticipation légale de la possession et des avantages qui en résultent, avant l'occupation par l'héritier des corps héréditaires; comme au cas de réintegrande, la loi prolonge, au profit du spolié, l'avantage du possessoire, pendant un certain temps, depuis la spoliation qui l'avait dépouillé de fait.

Ainsi, dans les principes du droit français, l'ouverture de la succession produit, au profit de l'héritier, sans aucune coopération de sa part, et même à son insu, deux effets distincts : 1° acquisition de la propriété, il devient maître, il est héritier; 2° continuation de la possession du défunt, il est possesseur sans avoir rien appréhendé.

Pothier a bien raison de dire que cela *est contraire aux principes du droit romain et aux idées naturelles,* car on comprend difficilement une possession acquise, sans appréhension, sans occupation de la chose. *Cum hæredes instituti sumus, aditâ hæreditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter* Comprehensa, *ad nos non pertinet. L. 23, ff. de adquirendâ vel amit poss..*

Quod per colonum possideo, hæres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus. L. 30, § 5, eodem.

Cujas attribue cette maxime, *le mort saisit le vif,* à une interprétation vicieuse d'une loi romaine, L. 30, *pr. ff. ex quib. caus. maj.* : mais il faut bien plutôt en chercher l'origine dans les coutumes féodales. Ce principe fut admis pour protéger l'héritier du vassal et pour empêcher que le suzerain, à la mort du vassal, ne fît immédiatement invasion du fief; on établit en maxime que la *saisine*, c'est-à-dire le droit d'être en possession, appartenait à l'héritier

Il est évident que l'héritier ne peut être saisi de la possession des choses que le défunt ne possédait pas ; car le défunt n'a pas pu le saisir de ce dont il n'était pas saisi lui-même, on ne peut pas transférer à un autre ce qu'on n'a pas ; mais si le défunt ne lui transmet pas la possession de ces choses, il lui transmet toutes les actions qu'il avait droit d'intenter par rapport à ces choses, et l'héritier peut les exercer comme le défunt l'aurait pu.

L'héritier n'est point saisi non plus des choses que le défunt possédait en vertu de quelque droit qui s'éteint par sa mort. Par exemple, l'héritier du mari n'est point saisi des propres de la femme quoique le défunt en fût en possession ; l'héritier n'est point pareillement saisi d'une chose dont le défunt jouissait en usufruit, le propriétaire qui trouve son héritage vacant par la mort de l'usufruitier, peut s'en mettre, de sa propre autorité, en possession, et l'héritier de l'usufruitier n'a aucun droit de s'y mettre ; pareillement si le défunt était en possession précaire d'une chose, cette espèce de possession ne passe pas à son héritier.

SECT. III.—De l'acceptation des successions.

Accepter une succession n'est autre chose que témoigner la volonté que nous avons d'être héritiers d'un défunt dont la succession nous est déférée.

Tout témoignage de cette volonté, de quelque espèce qu'il soit, est une acceptation de succession.

Elle est *pure et simple* lorsque l'héritier a témoigné sa volonté d'être héritier sans avoir recours au bénéfice d'inventaire. Lorsqu'il y a eu recours, l'acceptation est appelée *sous bénéfice d'inventaire* [1].

Nous parlerons, dans un premier article, de l'*acceptation pure et simple* ; dans un second, de celle *sous bénéfice d'inventaire*.

Art. Ier. — De l'acceptation pure et simple.

§ Ier. *Comment accepte-t-on une succession ?*

On peut accepter une succession *aut verbo, aut facto* : *Verbo*, c'est-à-dire en prenant la qualité d'héritier dans quelque acte, soit par-devant notaire, soit sous seing privé. La qualité d'héritier, prise dans un exploit, ou dans un acte de procureur, est aussi une acceptation de succession, à moins que celui à qui on l'a donnée ne désavoue le sergent ou le procureur qui la lui a donnée.

On accepte une succession *facto*, lorsqu'on fait quelque chose qui suppose nécessairement, dans celui qui le fait, la volonté d'être héritier [2]. *Pro hærede gerere videtur qui aliquid facit quasi hæres*. L. 20, ff. *de Acq. hæred.*

C'est pourquoi l'article 336 d'Orléans dit : *Si aucun étant en degré de suc-*

---

du vassal, et que le seigneur qui expulsait indûment cet héritier, c'est-à-dire sans avoir observé les délais et les formalités requises, se rendait coupable de *dessaisine* : on déclara que le défunt, au lieu de remettre son héritage au Seigneur féodal, était censé mettre son héritier en possession, sauf les droits du seigneur. Tel est donc le sens de cet adage, *le mort saisit le vif* : c'est-à-dire le mourant met son héritier en possession.

[1] *V.* art. 774, C. civ.

Art. 774 : « Une succession peut être « acceptée purement et simplement, « ou sous bénéfice d'inventaire. »

[2] *V.* art. 778, C. civ.

Art. 778 : « L'acceptation peut être « expresse ou tacite : elle est expresse, « quand on prend le titre ou la qualité « d'héritier dans un acte authentique « ou privé ; elle est tacite, quand l'hé- « ritier fait un acte qui suppose néces- « sairement son intention d'accepter, « et qu'il n'aurait droit de faire qu'en « sa qualité d'héritier. »

céder prend et appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens, il fait acte d'héritier.

Toute appréhension des biens de la succession, ne renferme pas pourtant toujours la volonté d'être héritier, et n'est pas, par conséquent, toujours un acte d'héritier; il faut examiner dans quel esprit il le fait; s'il se met en possession de quelques héritages de la succession, ou même de quelques effets mobiliers qu'il sait dépendre de la succession, comme de choses à lui appartenantes; s'il les vend, s'il les donne; s'il vend les bois; s'il change la forme des édifices; s'il nomme aux offices de la justice; s'il reçoit en foi les vassaux, il n'est pas douteux qu'en tous ces cas, il fait acte d'héritier; car tous ces faits supposent qu'il se répute propriétaire de ces choses, et, par conséquent, héritier du défunt, puisqu'il ne peut se réputer propriétaire des choses qu'il sait dépendre de la succession, qu'en se réputant héritier.

Cette décision a lieu quand même de tels actes seraient accompagnés de protestation qu'il n'entend pas par là être héritier; car ces protestations sont démenties par la nature de l'acte qu'il fait; il ne peut pas, quelque protestation qu'il fasse *qu'il n'est pas héritier,* agir en maître absolu des biens de la succession, vendre les héritages, abattre les bâtiments pour les changer de forme, abattre des futaies, ou ce qu'il fait est plus fort, et l'emporte sur ce qu'il dit. La coutume de Bourbonnais, art. 325, en a une disposition : *Quand aucun habile à succéder paye créanciers, légats, ou fait autre acte d'héritier, il est réputé héritier, et ne peut plus répudier, quelque protestation qu'il puisse faire au contraire* [1].

Que si l'héritier appréhende les biens de la succession, non pour en user et disposer comme maître, mais seulement pour les conserver, il ne fait point acte d'héritier; car quoiqu'il n'ait pas droit ni qualité, comme simplement appelé à la succession, de disposer des effets de la succession, il a au moins le droit de veiller à leur conservation par l'intérêt qu'il y a tant qu'il n'est point décidé sur le parti qu'il prendra [2].

C'est pourquoi, si un héritier présomptif prend les clés du défunt, s'empare des titres, quoiqu'avant l'inventaire, il n'est point réputé faire acte d'héritier suivant qu'il a été jugé par arrêt du 26 mai 1674, au *Journal du Palais* (t. 1, p. 569), *item,* s'il a mis quelque note sur les papiers du défunt, comme il a été jugé au profit d'une nièce qui avait écrit sur une cédule de la succession, cédule de mon oncle à recouvrer. L'arrêt (du 6 octobre 1594) est rapporté par Louet, lettre H (sommaire 1°, n° 2). Pareillement s'il fait valoir les héritages de la succession, s'il fait faire des réparations urgentes [3], s'il fait des baux, s'il

---

[1] Notre Code exige un acte qui suppose *nécessairement l'intention d'accepter,* on ne pourrait pas toujours voir cette intention dans le paiement de certaines dettes, surtout lorsque ce paiement serait accompagné de protestations au contraire.

[2] *V.* art. 778, C. civ., ci-dessus, p. 115, note 2.

[3] La vente d'un objet de la succession emporte en général acceptation; et il sera toujours très prudent pour l'habile à succéder, de se faire autoriser par justice à procéder à la vente des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver. (Art. 796, C. civ.)

Art. 796 : « Si cependant il existe « dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à « conserver, l'héritier peut, en sa qua« lité d'habile à succéder, et sans qu'on « puisse en induire de sa part une ac« ceptation, se faire autoriser par jus« tice à procéder à la vente de ces « effets. — Cette vente doit être faite « par officier public, après les affiches « et publications réglées par les lois « sur la procédure. »

V. aussi l'art. 989 du Cod. proc. civ.

Art. 989 : « S'il y a lieu à faire procéder « à la vente du mobilier et des rentes « dépendant de la succession (bénéfi« ciaire), la vente sera faite suivant les « formes prescrites pour la vente de ces

vend même certains effets de la succession qu'il est nécessaire de vendre, soit parce que ce sont des objets périssables, soit parce qu'ils occupent des appartements qu'il est nécessaire de vider, il ne fait point acte d'héritier.

Il doit, néanmoins, pour vendre les effets de la succession, ou pour en faire des baux, se faire autoriser par le juge sur une requête par laquelle il demandera à faire ces choses pour la conservation des biens de la succession, aux protestations qu'il fait qu'il n'entend point pour cela prendre qualité d'héritier, *Vide* L. 20, *pro. hœrede* et § 1° ff. *de Acquir. vel omitt. hœredit.*

Nos coutumes, en disant que celui qui appréhende les biens de la succession fait acte d'héritier, ajoutent avec raison, ***sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens***, car, s'il a une autre qualité qui lui donnât droit d'appréhender et de disposer des biens de la succession, il ne fait point acte d'héritier en les appréhendant.

Par exemple, si l'un des héritiers présomptifs, est en même temps son exécuteur testamentaire, il ne fera point acte d'héritier en faisant vendre à sa requête les meubles de la succession, en employant l'argent à payer les dettes, en exigeant ce qui est dû par les débiteurs de la succession, en faisant des baux, etc.; car il a une autre qualité pour faire toutes ces choses, que la qualité d'héritier, l'autre qualité qu'il a d'exécuteur testamentaire du défunt lui donne le droit de les faire; on ne peut donc pas conclure de ce qu'il a fait, qu'il a voulu être héritier, puisqu'il a pu le faire dans l'autre qualité qu'il avait, ce qu'il a fait n'est donc point un acte d'héritier; car, suivant le principe ci-dessus établi, un fait n'est acte d'héritier, que lorsqu'il suppose nécessairement la volonté d'être héritier dans celui qui le fait, et, par conséquent, lors seulement qu'il n'a pu être fait dans une autre qualité que dans celle d'héritier [1].

Que si l'un des héritiers présomptifs du défunt était en même temps créancier de sa succession, ou légataire, il ne laisserait pas de faire acte d'héritier en se mettant en possession de la chose qui lui était léguée ou due, et qui s'est trouvée dans la succession, car la qualité de créancier ou de légataire ne donne pas le droit au créancier ni au légataire de se mettre, de leur propre autorité, en possession de la chose qui leur est due, mais seulement de la demander à ceux qui la doivent, et de se la faire délivrer par eux; d'où il suit que l'héritier qui s'est mis en possession de la chose qui lui était due, n'ayant eu d'autre qualité qui lui en donnât le droit, que la qualité d'héritier, puisque celle de créancier ne le lui donnait pas, on en doit conclure que c'est en qualité d'héritier qu'il s'en est mis en possession, et par conséquent qu'il a fait en cela acte d'héritier.

C'est sur ce fondement que notre coutume ajoute......... ***et supposé qu'il lui fût dû ou légué aucune chose par le défunt, il le doit demander...... autrement s'il prend lesdits biens ou partie, de son autorité, il fait acte d'héritier.***

Paris dit à peu près la même chose.

Lorsque nos coutumes disent que celui qui appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, fait acte d'héritier, cela doit s'entendre des effets qui sont connus pour appartenir au défunt, que le défunt possédait lors de sa mort, comme à lui appartenant, qui passent pour être de la succession. Que si un héritier présomptif a disposé d'une chose qu'il croyait de bonne foi lui appartenir, et qu'il ignorait appartenir au défunt, qui n'en était point en possession, il n'aura point fait acte d'héritier, quoiqu'il ait disposé d'une chose qui était

---

« sortes de biens, à peine contre l'héritier bénéficiaire d'être réputé héritier « pur et simple. »

[1] *V.* l'art. 778, C. civ., ***in fine***, p. 115, note 2. *Acte* qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier.

effectivement un effet de la succession, parce qu'ignorant qu'elle fût de la succession, la vente ou autre disposition qu'il en a faite, ne renferme point la volonté d'être héritier, puisqu'il n'en a point disposé comme d'une chose qui appartînt à la succession, et en qualité d'héritier. C'est ce qui est décidé en la loi 87, ff. *de Acq. hæred.*

Contrà vice versâ. S'il s'est trouvé parmi les effets de la succession une chose qui n'appartenait pas au défunt, l'héritier qui appréhende cette chose, qui en dispose dans l'opinion qu'elle est de la succession, fait acte d'héritier, quoique cette chose dont il dispose ne soit pas effectivement de la succession; car il suffit qu'elle passe pour être de la succession, il ne disposerait pas d'une chose qu'il croit être de la succession, s'il ne s'en réputait propriétaire en qualité d'héritier; ce qu'il fait suppose donc nécessairement en lui la volonté d'être héritier, et par conséquent, est un acte d'héritier, et une acceptation de la succession, selon notre principe. C'est ce qu'enseigne Paul, en la loi 88, ff. *de Acq. hæred. Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Undè et si domum pignori datam, sicut hæreditariam, retinuit cujus possessio qualisqualis fuit in hæreditate, pro hærede gerere videtur. Idemque est, et si alienam rem ut hæreditariam possedisset.* Ulpien, en la loi 21, § 1er, ff. *eod. tit. Interdùm autem animus solus obstringet hæreditati, ut putà si re non hæreditariâ quasi hæres usus sit.*

On peut encore, d'autres manières, faire acte d'héritier, sans appréhender rien des biens de la succession.

Par exemple, si un héritier paie de ses deniers une dette de la succession, s'il acquitte de ses deniers les legs faits par le testament du défunt, sans avoir autre qualité que celle d'héritier, qui l'engage à acquitter les dettes ou legs, il fait par là acte d'héritier; car il est évident qu'un tel fait suppose en lui la volonté d'hériter; car n'étant tenu des dettes ou de ces legs, qu'autant qu'il voudrait être héritier, en les acquittant, il manifeste assez qu'il veut l'être. C'est ce qu'enseigne Alexandre Sévère, en la loi 2, Cod. *de Jur. deliber. Cum debitum paternum te exsolvisse alleges: proportione hæreditariâ agnovisse te hæreditatem defuncti non ambigitur* [1].

Il en serait autrement, si l'héritier avait une autre qualité qui l'eût pu engager à faire ces paiements, commme s'il était exécuteur testamentaire du défunt, s'il était obligé aux dettes qu'il a payées, comme caution ou codébiteur du défunt, il ne ferait point en ce cas acte d'héritier, parce qu'ayant une autre qualité pour faire ces paiements, que sa qualité d'héritier dans laquelle il a pu les faire, il s'ensuit que ce qu'il a fait ne suppose point en lui nécessairement la volonté d'être héritier, et ne doit point, par conséquent, suivant notre principe, passer pour acte d'héritier.

Il y a même de certaines dettes qu'on appelle *criardes*, qu'un héritier présomptif pourrait, par motif d'honneur, acquitter, en protestant qu'il n'entend point, en les payant, faire acte d'héritier.

Il en est de même de certains legs faits pour récompense de domestiques, ou pour faire prier Dieu pour le défunt.

---

[1] Cette règle ne doit pas être prise d'une manière trop générale, car le paiement de certaines dettes n'emporterait pas toujours l'intention d'accepter; on conçoit en effet des paiements effectués par esprit de délicatesse, et dans l'intérêt de la mémoire du défunt, ou par des considérations déduites de la position de certains créanciers, sans cependant qu'il y ait intention d'accepter, ce qui nous paraît incontestable, s'il y a eu déclaration formelle que celui qui payait n'entendait point faire acte d'héritier, c'est au surplus ce que Pothier reconnaît lui-même au sujet des dettes qu'il appelle *criardes*.

La cession qu'une personne fait de ses droits successifs, renferme bien évidemment la volonté d'être héritier, et, par conséquent, est un acte d'héritier; car cet homme qui a cédé le droit qu'il a dans la succession d'un défunt, ne peut céder ce droit qu'autant qu'il l'a effectivement, qu'autant qu'il lui est acquis; car on ne peut pas céder ce qu'on n'a pas : or, il ne peut lui être acquis qu'autant qu'il accepte la succession; la cession qu'il en fait suppose donc manifestement en lui la volonté d'accepter la succession [1].

Il n'en est pas de même de l'héritier qui renonce à la succession au moyen d'une somme qu'il reçoit de ses cohéritiers, ou de ceux qui sont dans le degré suivant pour succéder. Cela est décidé par la loi 24, ff. *de Acq. hæred. Fuit quæstionis an pro hærede gerere videatur, qui pretium omittendæ hæreditatis causâ cœpit et obtinuit hunc pro hærede quidem non gerere*....... De là cette règle de droit : *Non vult hæres esse, qui ad alium transferre voluit hæreditatem*. L. 6, ff. *de reg. jur.* La raison est que celui qui renonce à la succession, moyennant une somme d'argent, abdique le droit qu'il pourrait avoir plutôt qu'il ne le cède; il reçoit, à la vérité, une somme d'argent, pour faire cette renonciation, de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, parce que, par cette renonciation, le droit qu'il aurait eu leur accroîtra ou leur sera dévolu; mais ce n'est pas pour cela une cession, il ne le leur fait pas passer de lui à eux; mais il l'abdique pour leur faire plaisir, parce que ce sont eux qui doivent profiter de cette abdication, et auxquels ce droit qu'il a abdiqué doit accroître ou être dévolu, le contrat qu'il fait avec eux n'est pas le contrat *do ut des, facio ut des*; il ne donne rien, mais il fait une renonciation pour laquelle il reçoit de l'argent de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, et qui doivent en profiter [2].

Il y a néanmoins un cas auquel la renonciation qu'un héritier fait à la succession, soit qu'il la fasse moyennant une somme d'argent, soit même qu'il la fasse gratuitement, doit passer pour une vraie cession, et renferme, en conséquence, un acte d'héritier; c'est le cas auquel il aurait déclaré qu'il renonce au profit de quelqu'un de ses cohéritiers préférablement aux autres; cette renonciation est plutôt une cession qu'une renonciation. Pour que sa part parvienne à quelqu'un de ses cohéritiers préférablement à ses autres cohéritiers, il faut qu'il en dispose au profit de ce cohéritier; car s'il n'en disposait pas, s'il ne faisait simplement que l'abdiquer et y renoncer, elle accroîtrait également à tous : or, s'il en dispose, il accepte la succession; car il ne peut disposer que d'une chose qui lui soit acquise, et sa part en la succession dont il dispose, ne peut lui être acquise qu'il n'ait accepté la succession [3].

---

[1] *V.* art. 780, C. civ.

Art. 780 : « La donation, vente ou « transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers, soit à un « étranger, soit à tous ses cohéritiers, « soit à quelques-uns d'eux, emporte « de sa part acceptation de la succession. — Il en est de même, 1° de la « renonciation, même gratuite, que « fait un des héritiers au profit d'un ou « de plusieurs de ses cohéritiers. — 2° « De la renonciation qu'il fait même « au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix « de sa renonciation. »

[2] Le Code consacre une autre doctrine par l'article 780, § 2. *V.* la note précédente.—La loi romaine 24, ff., *de Acq. hæred.*, ajoute : *in Edictum tamen Prætoris incidere*, et voici les termes de l'édit qui lui était applicable.

Prætor voluntates defunctorum tuetur; et eorum calliditati occurrit, qui omissâ causâ testamenti ab intestato hæreditatem, partemve ejus possident, ad hoc, ut eos circumventuri, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hæreditas : et in eos actionem pollicetur. —*V. L.* 1, *principio, et L.* 2, *ff., Si quis omissâ causâ testamenti. Lib.* 29, *tit.* 4.

[3] *V.* art. 780, § 1er, C. civ., ci-dessus, note 1.

Ce n'est point non plus un acte d'héritier que de commander les obsèques du défunt, de poursuivre la vengeance de sa mort; car ce sont des devoirs de piété dont on s'acquitte envers ses parents, même dans le cas où on renoncerait à leur succession, et qui, par conséquent, ne supposent point nécessairement la volonté d'être héritier.

Si le roi a fait don aux héritiers de l'office du défunt tombé aux parties casuelles, ou l'a taxé modérément à leur profit, les héritiers qui recueillent ce don ne font point acte d'héritier; car le roi est plutôt censé leur avoir fait ce don en qualité de plus proches parents, qu'en qualité d'héritiers, et ils auraient droit de le recueillir, quand ils renonceraient à leur succession.

§ II. *Par qui une succession peut-elle être acceptée?*

Celui à qui une succession est déférée peut l'accepter, non-seulement par lui-même, mais par procureur. Cela a lieu, non-seulement si ce procureur a pouvoir spécial d'accepter pour lui la succession d'*un tel*, mais même s'il a pouvoir général d'accepter ou de répudier toutes les successions qui écherraient à celui qui l'a constitué son procureur. La procuration d'administrer les affaires d'un absent, ne s'étendrait pas jusques-là; car l'acceptation d'une succession qui engage l'héritier à des dettes qui peuvent être considérables, passe les bornes d'une simple administration [1].

Ceux qui ne sont pas capables de s'obliger, tels que les pupilles, les insensés, ne peuvent accepter une succession, mais le tuteur peut accepter les successions échues à son pupille; le curateur, celles déférées aux personnes qui sont sous sa curatelle [2].

La succession déférée à une femme mariée doit être par elle-même acceptée, et elle doit être, pour cela, autorisée de son mari, ou, sur le refus de son mari, par le juge [3].

Si elle refusait de l'accepter, le mari, qui aurait intérêt qu'elle soit acceptée, parce que le mobilier doit tomber en communauté, pourrait, à ses risques, l'accepter sur le refus de sa femme, qui ne peut point s'en abstenir en fraude des intérêts de la communauté de son mari [4].

---

[1] *V.* art. 1988, C. civ.

Art. 1988 : « Le mandat conçu en « termes généraux n'embrasse que les « actes d'administration. — S'il s'agit « d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de « quelque autre acte de propriété, le « mandat doit être exprès. »

[2] *V.* art. 461, C. civ.

Art. 461 : « Le tuteur ne pourra ac- « cepter ni répudier une succession « échue au mineur, sans une autorisa- « tion préalable du conseil de famille. « L'acceptation n'aura lieu que sous « bénéfice d'inventaire. »

[3] *V.* art. 776, C. civ.

Art. 776 : « Les femmes mariées ne « peuvent pas valablement accepter « une succession sans l'autorisation de « leur mari ou de justice, conformé- « ment aux dispositions du chap. VI du « titre *du Mariage.*— Les successions « échues aux mineurs et aux interdits « ne pourront être valablement accep- « tées que conformément aux disposi- « tions du titre *de la Minorité*, *de la* « *Tutelle et de l'Emancipation.* »

[4] Cette décision nous paraît fort douteuse : c'est la femme qui est appelée à la succession, et non pas le mari ni la communauté; la communauté n'a qu'un droit *ex postfacto*, c'est-à-dire qu'il faut au préalable, que l'acquisition se soit pleinement réalisée au profit de la femme : sans cette réalisation, la communauté ne peut profiter de cette succession. On parle de fraude aux intérêts de la communauté; mais il ne peut y avoir fraude au préjudice de celui qui n'a pas de droit, qui n'a au contraire qu'une simple espérance, une pure éventualité. Ce serait bien à tort qu'on comparerait la communauté à un créancier, celui-ci a un véritable droit acquis; on comprend dès lors

Lorsqu'un débiteur insolvable refuse d'accepter une succession opulente, en fraude de ses créanciers, pour empêcher qu'ils ne soient payés sur les biens qui lui reviendraient de cette succession; les créanciers sont reçus à l'accepter pour lui [1].

Non-seulement celui qui est appelé à la succession peut l'accepter; mais s'il est mort avant que de s'être décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, les héritiers de cet héritier peuvent de son chef l'accepter [2]; c'est une suite de la règle *le mort saisit le vif* [3].

Lorsque les héritiers de cet héritier ont entre eux des intérêts différents sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, il faut entrer dans la discussion de ce qui aurait été le plus avantageux au défunt, et faire prévaloir ce parti [4].

---

que le débiteur, portant frauduleusement atteinte à ce droit, les lois ont dû venir au secours des créanciers.

Chez les Romains, le maître profitait des successions auxquelles était appelé son esclave, et cependant il fallait qu'au préalable, l'esclave eût fait adition, le maître ne pouvait pas se substituer à l'esclave institué, en déclarant, que, puisqu'il devait lui-même avoir l'émolument de l'hérédité, il ferait adition.

[1] *V.* art. 788, C. civ.

Art. 788 : « Les créanciers de celui « qui renonce au préjudice de leurs « droits, peuvent se faire autoriser en « justice à accepter la succession du « chef de leur débiteur, en son lieu et « place.—Dans ce cas, la renonciation « n'est annulée qu'en faveur des créan- « ciers et jusqu'à concurrence seule- « ment de leurs créances : elle ne l'est « pas au profit de l'héritier qui a re- « noncé.»

[2] *V.* art. 781 et 782, C. civ.

Art. 781 : « Lorsque celui à qui une « succession est échue, est décédé sans « l'avoir répudiée ou sans l'avoir ac- « ceptée expressément ou tacitement, « ses héritiers peuvent l'accepter ou « la répudier de son chef.»

Art. 782 : « Si ces héritiers ne sont « pas d'accord pour accepter ou pour « répudier la succession, elle doit être « acceptée sous bénéfice d'inventaire.»

[3] Ce n'est point une suite de la règle *le mort saisit le vif,* car même ceux qui n'ont point la saisine, transmettent : cette transmission est le résultat de l'acquisition qui se fait *voluntate legis*.

[4] *V.* art. 782, C. civ. (ci-dessus, p. 36, note 2), l'ancienne doctrine était préférable à celle du Code : celle-ci prête à la fraude; en effet, l'acceptation, même sous bénéfice d'inventaire, oblige au rapport (art. 843, C. civ. *V.* ci-après), or, en supposant que celui qui transmet fût donataire du premier décédé, il peut arriver que la valeur de ce qui doit être rapporté, dépasse notablement la valeur de la part héréditaire qui lui reviendra dans le partage : ses héritiers éprouveront une perte, mais elle sera répartie entre eux; tout le profit sera pour le cohéritier dans la succession ouverte en premier lieu, c'est ce même cohéritier qui doit gagner par l'acceptation, qui aura intérêt de corrompre un des héritiers de son cohéritier dans la première succession, il pourra facilement l'indemniser et au delà de la fraction de la perte qu'il éprouve.

Exemple : *Primus*, fait une donation d'un million à *Pierre* : *Primus* meurt laissant 200,000 fr. de fortune; sont appelés à cette succession, *Pierre* donataire, et *Paul* qui n'a rien reçu. *Pierre*, sans avoir pris parti sur l'acceptation ou la renonciation, décède lui-même, laissant dix héritiers. Il est évident que l'intérêt de ceux-ci serait de renoncer du chef de *Pierre*, à la succession de *Primus*, ils garderaient le million donné, tandis que s'ils acceptent, ils n'auront que 600,000 fr., l'acceptation occasionnera à chacun d'eux un préjudice de 40,000 fr., et cette acceptation procurera à *Paul*, un bénéfice de 400,000 fr. Peut-on croire qu'il sera impossible à *Paul* de décider, moyennant indemnité, un des héritiers

§ III. *Quand une succession peut-elle être acceptée?*

Il est évident qu'une succession ne peut être acceptée qu'elle ne soit déférée; on ne peut donc pas accepter la succession d'un homme avant sa mort; car il n'y a point de succession d'un homme encore vivant, ni, par conséquent, rien qui puisse être le sujet de l'acceptation. Nos usages ont bien admis les renonciations aux successions futures [1], ce qui est contre la règle de droit prise dans la nature des choses, *quod quis si velit, habere non potest, id repudiare non potest.* L. 174, ff. *de Reg. jur.* Mais il ne peut pas y avoir d'acceptation d'une succession future. Accepter, c'est recevoir. On ne peut pas recevoir ce qui n'est pas encore. Accepter une succession, c'est succéder. On ne peut pas succéder à celui qui vit encore, et remplir encore sa place.

C'est pourquoi, si, sur un faux bruit de la mort d'une personne, son parent en degré de lui succéder, a pris la qualité de son héritier, s'il s'est mis en possession de ses biens, en a disposé comme maître, tout cela ne peut passer pour acceptation de succession, pour acte d'héritier; tout cela ne le rendra point héritier, même après la mort de cette personne, à moins que, depuis la mort de cette personne, il n'ait continué d'en user de même.

Cela est conforme aux principes des lois : *Neminem pro hærede gerere posse, vivo eo, cujus in bonis gerendum sit.* L. 27, ff. *de Acq. hæred. Ità demùm pro hærede gerendo acquiret hæreditatem, si jam sit ei delata.* L. 21, § 2.

Il ne suffit pas qu'une succession soit ouverte par la mort naturelle ou civile de quelqu'un, pour qu'elle puisse être valablement acceptée par ceux qui y sont appelés; il faut, outre cela, qu'ils aient connaissance de son ouverture; car la volonté suppose la connaissance de ce qu'on veut, nous ne pouvons pas vouloir accepter une succession que nous ne savons pas être ouverte et nous être déférée. C'est pourquoi Ulpien dit: *Hæres si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire hæreditatem non potest.* L. 32, ff. *eod. tit.*

Il ne suffit pas même que quelqu'un sache que la succession est ouverte pour qu'il puisse l'accepter, il faut qu'il sache que c'est lui qui est appelé. C'est la même raison.

C'est pourquoi le parent d'un degré plus éloigné ne peut pas accepter une succession tant qu'il ignore que ceux d'un degré plus proche y ont renoncé.

Si un héritier ne peut pas valablement accepter une succession avant qu'elle lui soit déférée, ni même avant qu'il ait connaissance qu'elle lui soit déférée; à plus forte raison, il ne peut plus l'accepter après qu'il s'en est exclu par sa renonciation à la succession. Cela est évident; car ayant, par sa renonciation, abdiqué le droit qu'il avait de succéder, il ne peut pas plus l'accepter, après sa renonciation, que le pourrait un étranger qui n'y aurait aucun droit. Si donc un héritier, depuis sa renonciation, se met en possession de quelques effets de la succession, cela ne peut plus passer pour un acte d'héritier, mais pour un larcin qu'il fait de ces effets auxquels il n'avait plus aucun droit depuis sa renonciation [2].

---

de *Pierre* à opter pour l'acceptation?

Art. 843 : « Tout héritier, même bé« néficiaire, venant à une succession, « doit rapporter à ses cohéritiers tout ce « qu'il a reçu du défunt, par donation « entre-vifs, directement ou indirecte« ment : il ne peut retenir les dons ni « réclamer les legs à lui faits par le dé« funt, à moins que les dons et les legs « ne lui aient été faits expressément « par préciput et hors part, ou avec « dispense du rapport.»

[1] V. art. 791, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 3.

[2] V. art. 790, C. civ.

Art. 790 : « Tant que la prescription « du droit d'accepter n'est pas acquise « contre les héritiers qui ont renoncé, « ils ont la faculté d'accepter encore la « succession, si elle n'a pas été déjà

Il est étonnant que Lebrun (liv. 3, ch. 8, sect. 2, n°s 61 à 63) avance qu'on peut encore, en plusieurs cas, faire acte d'héritier et accepter une succession après qu'on y a renoncé, pourvu qu'elle n'ait pas été occupée par d'autres ; il cite la loi *pro hærede* 20, § *Papinianus* 4, ff. *de Acq. hæred.* et la loi 12, ff. *de Interrogat.*; mais il ne fait pas réflexion que ces lois sont dans le cas d'un *suus hæres*, d'un héritier nécessaire; cet héritier par l'abstention qu'il faisait des biens de la succession, ne cessait pas d'être héritier, il acquérait seulement par là le droit de n'être pas tenu des dettes; et il le perdait, si, après avoir déclaré qu'il s'abstenait, il s'immisçait dans les biens de la succession ; cette loi ne reçoit ici aucune application ; parmi nous, nous n'avons point d'héritiers nécessaires, *n'est héritier qui ne veut.* L'héritier qui renonce abdique tout droit à la succession ; il n'en conserve plus aucun, et par conséquent, il ne peut plus faire acte d'héritier [1].

Il est vrai qu'un héritier qui, après sa renonciation, se serait emparé des effets de la succession et en aurait dérobé la connaissance aux créanciers, pourrait être condamné envers eux à payer les dettes de la succession comme s'il était héritier, mais ce serait par forme de dommages-intérêts qu'il serait ainsi condamné, pour s'être injustement emparé d'une succession à laquelle il n'avait plus aucun droit, et non parce qu'il aurait fait acte d'héritier [2].

Pareillement, si une personne qui a renoncé à une succession, est assignée comme héritier, et, ne rapportant point sa renonciation, est condamnée par arrêt à payer le créancier de la succession qui a formé la demande contre lui ; il ne deviendra pas pour cela héritier après avoir renoncé ; mais, à cause de l'autorité de la chose jugée, il sera obligé d'acquitter la condamnation portée par l'arrêt, tout comme s'il l'était [3].

On ne peut plus à la vérité accepter une succession après qu'on y a renoncé, mais si la renonciation qu'une personne a faite était rescindée par quelque juste cause, la renonciation étant détruite et mise au néant, rien n'empêcherait que cette personne ne pût accepter la succession.

Pareillement, si un mineur qui a témérairement renoncé à une succession avantageuse se fait restituer pour cause de sa minorité contre sa renonciation, il pourra l'accepter.

Pareillement, si un majeur a été engagé à renoncer à une succession avantageuse par le dol de ses cohéritiers ou des parents du degré subséquent qui lui ont fait paraître de fausses dettes, ou soustrait les titres pour lui cacher les forces de la succession, ce majeur en prouvant ce dol, et se faisant restituer en conséquence contre sa renonciation, pourra accepter la succession [4].

Pareillement, si un débiteur insolvable, en fraude de ses créanciers, a renoncé à une succession opulente, ces créanciers font rescinder cette renonciation par l'action révocatoire de ce qui est fait en fraude des créanciers, et en conséquence, comme exerçant les droits de leur débiteur, acceptent pour lui

---

« acceptée par d'autres héritiers; sans « préjudice néanmoins des droits qui « peuvent être acquis à des tiers sur « les biens de la succession, soit par « prescription, soit par actes valable- « ment faits avec le curateur à la suc- « cession vacante.»

[1] Le Code a évidemment adopté une autre doctrine; il considère celui qui a renoncé comme étant encore appelé quoique n'étant plus investi.

[2] Il fallait au contraire, dans ce système, le traiter comme voleur, et c'est ainsi que le décidaient les lois romaines. *L.* 71, § 9, *ff. de Acquirendâ vel omittendâ hæreditate.*

[3] L'autorité de la chose jugée, présomption de vérité, le fait considérer comme héritier à l'égard du créancier qui a obtenu gain de cause.

[4] Le dol est en général une cause de rescision des opérations dont il a été la cause, à l'égard des auteurs de ce dol.

[5] *V.* art. 788, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 1.

et à leur profit, la succession qui lui est échue [1] En cela notre droit donne plus d'étendue à cette action révocatoire que n'en donnait le droit romain; car, par le droit romain, l'action révocatoire n'avait lieu que pour ce que le débiteur avait aliéné de ses biens, et non point pour une succession ou autre chose qu'il aurait manqué d'acquérir, suivant cette règle : *non fraudantur creditores cùm quid non acquiritur à debitore : sed cùm quid de bonis deminuitur.* L. 134, ff. *de Reg. jur.* et ailleurs, *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare : veluti qui hæreditatem omittit.* L. 28, ff. *de Verb. sign.* d'où ils concluent, *qui repudiavit hæreditatem, non est in eâ causâ ut huic edicto locum faciat.*

Observez que, lorsque les créanciers d'un héritier insolvable ont fait casser la renonciation qu'il a faite à la succession, comme faite en fraude de ses créanciers et du droit qu'ils avaient d'être payés sur les biens déférés à leur débiteur; cette renonciation n'est cassée qu'en faveur desdits créanciers, et vis-à-vis d'eux et non point vis-à-vis de l'héritier qui a renoncé.

C'est pourquoi, si la succession à laquelle il a renoncé se trouve plus opulente qu'on ne le pensait, que la part de ce renonçant après la succession liquidée se trouve monter à 12,000 livres et qu'il ne dût que 10,000 livres, il ne pourra pas prétendre les 2,000 livres qui se trouvent de reste, après les créances acquittées; car la renonciation est valable vis-à-vis de lui, ses cohéritiers profiteront de ces 2,000 livres [2].

§ IV. *De l'effet de l'acceptation d'une succession et de la restitution contre l'acceptation.*

L'effet de l'acceptation d'une succession est, suivant que nous l'avons déjà observé sur la règle : *le mort saisit le vif,* que celui qui l'a acceptée est réputé être, dès l'instant de la mort du défunt, pour la part dont il est héritier, propriétaire de tout ce dont le défunt était propriétaire, créancier de tout ce de dont il était créancier, débiteur de tout ce dont il était débiteur, quand même les dettes excéderaient de beaucoup les biens de la succession [2].

C'est encore un effet de l'acceptation de la succession, que celui qui l'a acceptée est censé succéder, dès ce temps, non-seulement à la part à laquelle il était appelé de son chef, mais même aux autres parts qui accroissent par la suite, par les renonciations de ses cohéritiers; cet accroissement se fait malgré lui, et il ne peut en conséquence éviter d'être tenu des dettes pour les parts qui lui accroissent. C'est ce qu'enseigne Gaïus : *Qui semel aliquâ ex parte hæres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit.* L. 53, § 1, ff. *de Acq. hæred.*

Cela a lieu, quand même l'héritier, après avoir accepté la succession pour sa part, serait mort avant que ses cohéritiers eussent renoncé; car lesdits cohéritiers venant par la suite à renoncer, leurs parts accroîtraient à celle qu'il a transmise dans sa succession; *portio enim deficiens portioni ejus qui adivit magis quàm personæ accrescit.*

Ce sont encore des effets de l'acceptation : — 1° Que l'enfant qui a accepté, soit sujet aux rapports des choses qui lui ont été données, comme nous le verrons au chapitre suivant; — 2° Que l'héritier qui accepte soit tenu aux rapports des legs qui lui auraient été faits; — 3° Que l'enfant qui a accepté, ne puisse plus prétendre de douaire, par la règle *qu'on ne peut être héritier et douairier.*

L'héritier qui a accepté une succession étant mineur, peut pour cause de

---

[1] *V.* art. 788, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 1.

[2] L'acceptation consolide et rend irrévocable la qualité que la loi avait donnée à l'habile à succéder; c'est la réalisation du droit.

sa minorité, se faire restituer contre son acceptation, lorsqu'elle lui est désavantageuse.

Cela a lieu, pourvu qu'il n'ait pas ratifié cette acceptation depuis qu'il est devenu majeur; car la ratification faite en majorité empêche la restitution. Il ne faut pas prendre pour ratification, ce que le mineur devenu majeur a fait, lorsque ce qu'il a fait, était une suite nécessaire de son acceptation.

Par exemple, si un mineur a accepté en minorité une succession, quoique devenu majeur, il ait entretenu les biens de cette succession, il ait fait payer, on ne doit pas regarder cela comme une ratification et une approbation volontaire de l'acceptation de la succession qu'il a faite en minorité, mais comme une suite nécessaire de cette acceptation, comme l'acquittement d'un devoir auquel cette acceptation l'obligeait jusqu'à ce qu'il fût restitué contre; c'est pourquoi les lois décident qu'il ne doit pas être exclu de la restitution. C'est l'esprit du fameux paragraphe, *scio, de la loi* 3, ff. *de Minor.*

Le majeur n'est pas facilement admis à la restitution; il y serait néanmoins admis, s'il prouvait que les créanciers qui avaient intérêt de la lui faire accepter, ont usé de dol et de mauvaises manières pour l'engager à le faire. Il y a même des arrêts qui, sur des circonstances extraordinaires, quoiqu'il ne fût point intervenu de dol, ont relevé des majeurs de leur acceptation, mais ces arrêts ne doivent être tirés à conséquence [1].

L'effet de la restitution contre l'acceptation d'une succession, est que celui qui est restitué, est déchargé de tous les engagements qu'il a contractés par son acceptation, en rendant par lui un fidèle compte de tout ce qui lui est parvenu des effets de la succession; par exemple, il est déchargé de l'acquittement des dettes, des legs et des autres charges de la succession. Si c'est un enfant, il est déchargé de l'obligation du rapport des choses qui lui ont été données, il peut demander son douaire dont il avait fait confusion par son acceptation.

Au reste, nonobstant la restitution, il demeure toujours, selon la subtilité du droit, héritier, selon la règle *qui semel hæres, semper hæres;* c'est pourquoi la portion des droits successifs de celui qui s'est fait restituer contre son acceptation, n'accroît point à ses cohéritiers, malgré eux; en abandonnant cette portion aux créanciers, ils ne seront point tenus des dettes et autres charges de la succession pour raison de cette portion, mais seulement pour raison de celles dont ils sont héritiers de leur chef; c'est ce qui est défini en la loi 61, ff. *de Acquir. hæred.* Ils peuvent, néanmoins, s'ils le jugent à propos, prendre cette portion en se chargeant de toutes les dettes et charges de la succession [2]. L. 98, ff. *eod. tit.*

ART. II. — De l'acceptation de succession sous le bénéfice d'inventaire.

Le *bénéfice d'inventaire* est un bénéfice que l'empereur Justinien, par la loi 22, Cod. *de jure de liber.*, accorde aux héritiers de n'être point tenus, sur leurs propres biens, des dettes de la succession, et de ne point faire confusion des

---

[1] *V.* art. 783, C. civ.

Art. 783 : « Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite « qu'il a faite d'une succession, que « dans le cas où cette acceptation aurait « été la suite d'un dol pratiqué envers « lui : il ne peut jamais réclamer sous « prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se « trouverait absorbée ou diminuée de « plus de moitié par la découverte d'un « testament inconnu au moment de « l'acceptation.»

[2] Nous croyons que cette doctrine est encore admissible aujourd'hui, en supposant l'acceptation des autres, pos-

droits qu'ils pourraient avoir contre la succession[1], à la charge par eux de faire, dans le temps et de la manière qu'il le prescrit, un inventaire fidèle, exact, de toutes les choses dont la succession est composée.

L'*acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire*, est celle faite par l'héritier qui a recours à ce bénéfice, à la différence de celle faite par l'héritier qui n'y a point recours, laquelle est appelée *acceptation pure et simple*.

On appelle l'héritier qui a accepté de cette manière, *héritier sous bénéfice d'inventaire*, ou *héritier bénéficiaire*.

§ Ier. *De la nature de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.*

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne diffère de l'acceptation pure et simple, qu'en ce qu'elle donne à l'héritier le bénéfice de n'être point tenu des dettes de la succession sur ses propres biens, et de ne point confondre les dettes qu'il a contre la succession, et que, pour cela, elle l'assujettit à un compte des biens de la succession envers les créanciers ; au reste, elle produit les autres effets que produit l'acceptation pure et simple [2].

L'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, est pareillement réputé, comme l'héritier pur et simple, saisi de la succession, dès l'instant qu'elle a été ouverte : il est vrai héritier, vrai propriétaire des biens de la succession.

De là il suit que l'enfant héritier bénéficiaire ne laisse pas d'être tenu au rapport, envers ses cohériers, des choses qui lui ont été données et que ses cohéritiers y sont tenus envers lui [3]. De là il suit que, lorsqu'il se rend adjudicataire des biens de la succession bénéficiaire, il retient plutôt qu'il n'acquiert, et, par conséquent, il ne doit point de profit, comme nous l'avons vu au *Traité des fiefs*.

§ II. *Un testateur peut-il défendre que son héritier ait recours au bénéfice d'inventaire?*

Lebrun (liv. 3, ch. 4, n° 5), sur cette question, rapporte plusieurs arrêts (notamment des 19 janvier 1669, 8 août 1590) qui ont jugé, tant pour le pays de droit écrit que pour le pays coutumier, que le testateur ne pouvait faire cette défense. Ces arrêts l'ont jugé même pour les héritiers testamentaires. La raison en est que, quoiqu'un testateur puisse instituer son héritier sous telles conditions que bon lui semble, ce ne peut pas être, néanmoins, sous des conditions contraires aux lois; or, telle est la condition qui lui défendrait d'avoir recours au bénéfice d'inventaire, puisqu'elle lui défend ce que la loi veut lui accorder. La question doit encore moins souffrir de difficulté à l'égard des héritiers légitimes qui tiennent de la loi leur qualité d'héritiers, et non du défunt [4].

---

térieure à celle de celui qui obtient la restitution.

[1] *V.* art. 802, C. civ.

ART. 802 : « L'effet du bénéfice « d'inventaire est de donner à l'héri- « tier l'avantage, — 1° De n'être te- « nu du paiement des dettes de la suc- « cession que jusqu'à concurrence de « la valeur des biens qu'il a recueillis, « même de pouvoir se décharger du « paiement des dettes en abandonnant « tous les biens de la succession aux « créanciers et aux légataires ; — 2° De « ne pas confondre ses biens person- « nels avec ceux de la succession, et « de conserver contre elle le droit de « réclamer le paiement de ses créan- « ces. »

[2] *V.* art. 802 C. civ., note précédente.

[3] *V.* art. 843, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 4, *in fine*. Tout héritier, *même bénéficiaire*, venant à une succession, doit rapporter.

[4] Cette décision doit être admise aujourd'hui avec d'autant plus de raison que le bénéfice d'inventaire, est plus favorablement considéré qu'autrefois ; ainsi la condition devrait être réputée non écrite.

§ III. *Quelles choses sont requises pour le bénéfice d'inventaire?*

La première chose requise pour le bénéfice d'inventaire, ce sont les lettres royaux qui s'obtiennent dans les chancelleries des Parlements [1].

Il faut néanmoins, à cet égard, distinguer le pays de droit écrit, et le pays coutumier.

Dans le pays de droit écrit, tout héritier peut, en faisant inventaire, dans le temps et de la manière dont le prescrit la loi 11, *Cod. de Jure delib.*, jouir du bénéfice accordé par cette loi, sans obtenir aucunes lettres royaux pour cet effet. La raison est que cette loi, ainsi que les autres lois romaines, ayant, par la permission du roi, force, autorité et caractère de loi dans ces provinces, un héritier n'a pas besoin d'avoir recours au roi pour obtenir de lui un bénéfice que la loi lui accorde.

Au contraire, dans le pays coutumier, l'héritier, pour jouir de ce bénéfice, doit l'obtenir du roi, par des lettres qui s'obtiennent en la grande chancellerie; car la loi de Justinien, qui accorde ce bénéfice, n'a pas force et caractère de loi dans le pays coutumier; cette loi ne peut donc pas lui donner ce bénéfice; il faut donc qu'il l'obtienne du roi.

Il y a, néanmoins, quelques coutumes qui accordent expressément le bénéfice d'inventaire : telles sont les coutumes de Bretagne, de Berry, et quelques autres. Il faut décider que, dans ces coutumes, les lettres royaux ne sont pas nécessaires par la même raison qu'elles ne le sont pas dans le pays de droit écrit.

C'est le sentiment de d'Argentré, qui, sur la coutume de Bretagne (art 514), dit : *Non igitur quod Franci subindè faciunt à Principe obtinendum non supplicandum de eo, quod jure communi omnibus licet et juris est consuetudinarii ab ipso Principe probati.* C'est aussi pareillement le sentiment de Dumoulin sur la coutume de Berry; il y a même quelques coutumes qui déclarent expressément que les lettres ne sont pas nécessaires; telle est celle de Sedan.

Il n'en est pas de même dans les coutumes qui parlent, à la vérité, du bénéfice d'inventaire, mais sans l'accorder expressément, telles que sont les coutumes de Paris et d'Orléans. Il n'est pas douteux qu'il faut obtenir des lettres dans ces coutumes pour jouir du bénéfice; car, quoique ces coutumes parlent du bénéfice d'inventaire, elles ne l'accordent pas; elles n'en parlent que parce qu'elles supposent la pratique en usage : l'héritier ne tient donc pas dans ces coutumes ce bénéfice de la loi municipale, qui ne l'accorde par aucune disposition; il faut donc qu'il l'obtienne du roi.

Les lettres doivent être entérinées par le juge à qui elles sont adressées, qui doit être le juge du lieu où la succession est ouverte.

Cet entérinement s'ordonne sur les conclusions du procureur du roi.

Ces lettres doivent être obtenues et entérinées avant que l'héritier ait fait aucun acte d'héritier; car, s'il avait une fois pris qualité d'héritier, en conséquence, étant devenu, dès lors, obligé envers tous les créanciers de la succession, les lettres de bénéfice d'inventaire ne peuvent plus lui servir; car ces lettres peuvent bien lui permettre d'accepter la succession sans s'obliger sur ses propres biens envers les créanciers, mais elles ne peuvent pas le décharger

---

[1] *V.* art. 793, Code civ.

Art. 793 : « La déclaration d'un héritier, qu'il entend ne prendre cette « qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du tribunal de première instance dans « l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte; elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation. »

Tout habile à succéder tient ce bénéfice de la loi, il n'a donc pas besoin d'autorisation pour déclarer qu'il accepte *sous bénéfice d'inventaire.*

de l'obligation qu'il a contractée envers eux lorsqu'elle est une fois contractée; le droit étant une fois acquis aux créanciers, ils ne peuvent plus en être dépouillés. Le roi, en accordant une grâce à quelqu'un, ne dépouille jamais un tiers d'un droit qui lui est acquis.

Que si l'héritier, sans s'être immiscé dans les biens, avait pris la qualité, non pas d'*héritier* simplement, mais d'*héritier bénéficiaire*, et qu'il eût obtenu des lettres peu après, on ne regarderait pas cette déclaration qu'il a faite, quoiqu'avant l'obtention des lettres, comme une acceptation pure et simple qui l'empêchât d'y avoir recours, mais comme une simple déclaration de l'intention qu'il avait d'en obtenir.

Pourvu que l'héritier n'ait point encore pris la qualité d'hériter, ni fait acte d'héritier, il est toujours à temps d'obtenir ces lettres ; néanmoins Imbert prétend qu'elles doivent être obtenues dans l'an du décès, sans quoi il faut y insérer une clause qui relève l'héritier de ne les avoir pas obtenues dans l'année. Je ne crois pas que cela s'observe ; au surplus, il serait fort facile d'insérer cette clause.

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers qui veulent l'être sous bénéfice d'inventaire, il suffit que l'un deux obtienne des lettres et les fasse entériner, et que les autres, sur une requête, les fassent déclarer communes avec eux.

De l'inventaire.

Soit que l'héritier obtienne des lettres, lorsque la succession est ouverte dans les pays où elles sont nécessaires, soit qu'il n'en obtienne pas, lorsque la succession est ouverte dans les provinces où il n'en a pas besoin, il est évident qu'il doit faire un inventaire des biens de la succession pour jouir du bénéfice d'inventaire, lequel n'est appelé *bénéfice d'inventaire* que pour cette raison [1].

La notoriété publique que le défunt n'a laissé aucuns meubles, n'est pas une raison qui puisse dispenser l'héritier de faire inventaire ; lorsqu'il veut jouir du bénéfice, il doit, dans le cas auquel le défunt n'en laisserait effectivement aucuns, faire un procès-verbal qui constate qu'il ne s'en est point trouvé, et qui tienne lieu d'inventaire. C'est l'avis de Lebrun (liv. 3, ch. 4, n° 14).

Suivant la loi de Justinien, lorsque l'héritier est sur les lieux, il doit commencer l'inventaire dans les trente jours, à compter depuis qu'il a eu connaissance que la succession lui était déférée, et l'achever dans soixante autres jours ; lorsqu'il est éloigné, il y a un an, à compter du jour de la mort du défunt.

Dans le pays coutumier, il n'y a point de temps marqué pour faire cet inventaire, et je pense qu'il est toujours temps, tant que l'héritier n'a point disposé des effets de la succession [2].

Il est aussi indifférent que l'inventaire se fasse avant ou après l'obtention des lettres.

L'art. 128 de l'ordonnance de 1629, qui ordonne que l'héritier fasse apposer le scellé avant l'inventaire, n'est pas en usage, non plus que beaucoup d'autres de cette ordonnance.

---

[1] *V.* art. 794, C. civ.

Art. 794 : « Cette déclaration (d'acceptation sous bénéfice d'inventaire) « n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et « exact des biens de la succession, « dans les formes réglées par les lois « sur la procédure, et dans les délais « qui seront déterminés par la loi. »

[2] *V.* art. 795 et suiv., C. civ., qui règlent les délais, la forme et les effets de l'inventaire.

L'inventaire doit être fait devant notaire, et doit contenir la description de tous les meubles et de tous les titres de la succession [1].

Néanmoins, l'omission de quelques effets qui auraient pu échapper à la connaissance de l'héritier, ne le fait pas décheoir du bénéfice.

Il en serait autrement si les créanciers prouvaient qu'il les a détournés ou omis de mauvaise foi et contre sa connaissance, il a été jugé, qu'en ce cas l'héritier devait être déchu du bénéfice; l'arrêt en est rapporté par Brodeau, lettre H, nº 24, et par Le Prêtre; plusieurs coutumes en ont des dispositions. Ce sentiment est très juste, quoiqu'il semble que la loi de Justinien se contentât, en ce cas, de la peine de la restitution du double contre l'héritier [2].

Lorsque les créanciers se sont fait connaître, *putà*, en s'opposant au scellé, lorsqu'il y en a eu un, l'inventaire doit être fait avec eux ou eux dûment appelés. La novelle première veut aussi qu'on y appelle les légataires qui se trouvent sur le lieu.

Au surplus, il n'est pas nécessaire que cet inventaire soit conclu et affirmé devant le juge.

La prisée n'y est pas non plus nécessaire, lorsque peu après on a fait une vente publique des meubles qui en constate la valeur.

§ IV. *De l'administration de l'héritier bénéficiaire.*

L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession et de rendre compte aux créanciers de son administration.

Il doit donc faire payer les débiteurs de la succession, interrompre les prescriptions, faire passer de nouveaux titres, affermer les héritages, faire faire les réparations, soutenir les procès pour raison des biens de la succession, tant ceux commencés du vivant du défunt, que ceux qui pourraient naître [3].

On exige de lui de la bonne foi dans cette administration; mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable, et qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires; c'est pourquoi il n'est tenu envers les créanciers que de la faute grossière dans cette administration, *de latâ culpâ*. En cela l'héritier bénéficiaire est différent des administrateurs du bien d'autrui; ceux-ci sont tenus de la faute légère, *de levi culpâ*; la raison est qu'ils ne doivent point s'ingérer à l'administration du bien d'autrui, s'ils ne sont capables du soin et de la diligence nécessaires pour le bien administrer, au lieu que l'héritier bénéficiaire est administrateur de son propre bien; c'est pourquoi on ne doit point exiger de lui d'autre diligence que celle dont il est capable [4].

---

[1] *V.* art. 941 et suiv., C. de proc. civ., qui ont pour rubrique de l'*inventaire* et déterminent toutes les formalités que l'on doit observer.

[2] *V.* art. 801, C. civ.

Art. 801 : « L'héritier qui s'est ren- « du coupable de recélé, ou qui a omis « sciemment et de mauvaise foi, de « comprendre dans l'inventaire des « effets de la succession, est déchu du « bénéfice d'inventaire. »

[3] *V.* art. 803, C. civ.

Art. 803 : « L'héritier bénéficiaire « est chargé d'administrer les biens « de la succession, et doit rendre « compte de son administration aux « créanciers et aux légataires.— Il ne « peut être contraint sur ses biens « personnels qu'après avoir été mis « en demeure de présenter son comp- « te, et faute d'avoir satisfait à cette « obligation. — Après l'apurement du « compte, il ne peut être contraint « sur ses biens personnels que jusqu'à « concurrence seulement des sommes « dont il se trouve reliquataire. »

[4] *V.* art. 804, C. civ.

Art. 804 : « L'héritier bénéficiaire « n'est tenu que des fautes graves dans « l'administration dont il est chargé. »

§ V. *De ce que doit observer l'héritier bénéficiaire touchant la vente des effets de la succession.*

Les art. 345 de Paris, et 344 d'Orléans, défendent à l'héritier bénéficiaire de vendre les meubles de la succession, sinon publiquement et à l'enchère, après dénonciation de la vente à l'issue de la messe paroissiale de la paroisse du défunt, et affiches mises tant à la porte de la paroisse qu'à celle de la maison du défunt.

Le défaut d'observation de ces solennités ne fait pas décheoir l'héritier du bénéfice d'inventaire ; mais il est seulement tenu, faute de les avoir observées, aux dommages et intérêts des créanciers, résultant de ce que les meubles auraient pu être vendus plus qu'ils n'ont été estimés, et ces dommages et intérêts doivent consister à faire payer à l'héritier la crue ou parisis de la prisée qui est le quart en sus[1].

Que si l'héritier n'a pas vendu les meubles, et qu'il soit en état de les représenter en nature, il n'est sujet à aucune peine, à moins qu'ils ne fussent détériorés et dépréciés ; car, en ce cas, il serait tenu de ce dont on estimerait qu'ils sont détériorés et dépréciés[2].

A l'égard des immeubles, notre coutume ordonne qu'il ne pourra les vendre qu'avec les solennités prescrites pour les décrets d'héritage[3].

L'héritier qui vend des héritages de la succession, sans observer ces formalités, court deux espèces de risque.

1° Il s'expose à en perdre le prix au cas qu'il le paie à des créanciers postérieurs à d'autres en hypothèque ; car, dans le compte qu'il rendra, les créanciers antérieurs qu'il ne connaissait pas lors du paiement qu'il a fait, seront en droit de refuser de lui allouer les sommes qu'il aura payées aux créanciers postérieurs, sauf à lui son recours contre ces créanciers postérieurs à qui il a payé, qui, par leur insolvabilité, peuvent être hors d'état de rapporter[4].

On pourrait même douter s'il aurait recours contre eux ; car un créancier qui a reçu ce qui lui était dû d'une personne qui le lui a payé pour et au nom du débiteur, n'est point sujet à rendre ; or, ce créancier postérieur a reçu ce qui lui était véritablement dû de l'héritier pour et au nom de la succession bénéficiaire qui en était véritablement débitrice, d'où il paraît suivre qu'il n'est point sujet à rendre ; cependant comme l'héritier bénéficiaire n'est, vis-à-vis des créanciers de la succession, que comme une espèce de séquestre et d'administrateur, qui, en payant du prix de l'héritage de la succession qu'il a vendu, les créanciers de la succession, a intention de payer ceux qui ont droit de le toucher, on doit facilement présumer dans le paiement qu'il leur fait, la condition tacite « qu'il leur fait ce paiement, s'ils sont les premiers créanciers, et à la charge par eux de rapporter, s'il en apparaît, par la suite, d'antérieurs. » Comme il peut y avoir de la difficulté de savoir si cette condition doit être sous-entendue, l'héritier qui paie ne doit pas manquer de l'exprimer.

---

[1] *V.* art. 986 et suiv., C. de proc. civ., qui ont pour rubrique : *Du bénéfice d'inventaire.*

[2] *V.* art. 805, C. civ.

Art. 805 : « L'héritier bénéficiaire ne peut vendre les meubles « de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées. — S'il les « représente en nature, il n'est tenu « que de la dépréciation ou de la détérioration causée par sa négligence. »

[3] *V.* art. 989, C. proc. civ., ci-dessus, p. 116, note 3.

[4] *V.* art. 991, C. proc. civ.

Art. 991 : « Le prix de la vente des « immeubles sera distribué suivant « l'ordre des priviléges et hypothèques. »

Le second risque que court l'héritier bénéficiaire qui vend les héritages de la succession sans décret, est qu'il s'expose à des recours en garantie de la part des acheteurs qui peuvent être évincés sur les actions hypothécaires des créanciers de la succession.

Cela est à craindre, non-seulement de la part des créanciers antérieurs, mais même dans le cas auquel le prix aurait servi à payer les antérieurs; cela est à craindre de la part des postérieurs, qui, trouvant l'héritage être de plus grande valeur que le prix pour lequel il aurait été vendu, pourraient encore évincer les acquéreurs en offrant de les rembourser du prix qui aurait servi à payer les créanciers antérieurs [1].

§ VI. *Premier effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que l'héritier n'est pas tenu envers les créanciers sur ses propres biens, mais seulement à un compte de ce qu'il a reçu de ceux de la succession.*

Quoique l'héritier bénéficiaire soit dans la vérité un vrai héritier et un vrai successeur du défunt, néanmoins l'effet du bénéfice d'inventaire est de le faire considérer, vis-à-vis des créanciers de la succession, plutôt comme un administrateur des biens de la succession, que comme le vrai héritier et le vrai propriétaire de ces biens.

C'est pourquoi, de même qu'un administrateur tel qu'un tuteur, un fabricien, lorsqu'il s'est obligé, ou a été condamné en ces qualités, ne peut être contraint, sur ses propres biens, au paiement de la somme à laquelle il est obligé ou condamné dans lesdites qualités, mais seulement sur les biens dont il a l'administration, et qu'à cet effet il n'est tenu à autre chose qu'à rendre compte de ce qu'il a desdits biens entre les mains; de même l'héritier bénéficiaire ne peut être contraint de payer, sur ses propres biens, aux créanciers de la succession, les sommes auxquelles il se serait obligé ou aurait été condamné envers eux en cette qualité.

Il n'est tenu qu'à leur donner un compte de ce qu'il a entre les mains des biens de la succession. Si par ce compte il est reliquataire de quelque somme, il peut être, en ce cas, contraint sur ses biens jusqu'à concurrence de cette somme; que s'il n'est reliquataire d'aucune somme, les créanciers ne peuvent exercer aucune contrainte, aucune exécution sur ses biens, mais seulement saisir ceux de la succession qui sont en nature, tant les meubles que les immeubles [2].

Dans ce compte l'héritier doit coucher en recette le prix des meubles, lorsqu'il les a vendus, les sommes qu'il a touchées ou dû toucher, tant des débiteurs que des revenus des biens de la succession.

On lui alloue en dépense ce qu'il a payé pour les frais funéraires du défunt, pour les frais d'inventaire, pour les frais de scellé, s'il y en a eu un, et levée de scellé, pour les frais de vente.

On ne doit pas lui allouer les frais des lettres de bénéfice d'inventaire et de leur entérinement, car ces frais ne regardent que lui, et sont faits pour son intérêt personnel, et non pas celui de la succession.

On doit lui allouer les frais qu'il a faits pour faire valoir les héritages de la succession, pour les réparations nécessaires, pour les frais de procès, quoiqu'il n'y ait pas réussi, à moins qu'il ne les eût intentés ou soutenus sans raison et témérairement.

---

[1] *V.* art. 988, C. proc. civ., dernier alinéa.
Art. 988 : « L'héritier bénéficiaire « sera réputé héritier pur et simple, « s'il a vendu des immeubles sans se « conformer aux règles prescrites par « le Code de procédure. »

[2] *V.* art. 803, C. civ., ci-dessus, p. 129, note 3. Il ne peut être contraint sur ses biens personnels que pour le compte.

On doit lui allouer ce qu'il a payé pour le centième denier des biens de la succession, pour les profits de rachat et de relevoisons, suivant que nous l'avons établi en notre *Traité des fiefs*, où nous en avons agité la question.

Enfin, on lui alloue tout ce qu'il a payé à des créanciers de la succession tels qu'ils soient, et même aux légataires.

Les créanciers auxquels l'héritier a rendu compte, ne peuvent contester à l'héritier les paiements qu'il a faits à des créanciers plus diligents, et même à des légataires, pourvu que ceux à qui il a payé fussent vraiment créanciers et légataires, et que, lorsque l'héritier les a payés, ceux auxquels il rend ce compte n'eussent point encore fait de saisie-arrêt entre ses mains [1].

Ces créanciers, qui ont tardé à faire leurs diligences n'ont pas même de recours contre les créanciers plus diligents qui ont reçu ce qui leur était dû ; ceux-ci doivent profiter de leur vigilance : n'ayant reçu que ce qui leur était dû, ils ne sont point sujets à rendre.

Il n'en est pas de même des légataires que l'héritier bénéficiaire a payés, s'il arrivait par la discussion de ce qui reste des biens de la succession, que quelques créanciers ne pussent être payés du total de leurs créances, la succession aurait, en ce cas, action contre les légataires pour la répétition des sommes qui leur ont été payées, un testateur ne pouvant pas valablement léguer au delà des forces de sa succession ; c'est pourquoi les créanciers, comme exerçant les actions de la succession, pourraient agir contre les légataires en répétition des sommes ; mais ils ne pourraient, comme nous l'avons ci-dessus observé, inquiéter l'héritier bénéficiaire qui a payé ces sommes de bonne foi [2].

Que si les créanciers auxquels l'héritier bénéficiaire rend compte, avaient fait des diligences, s'étaient, par exemple, opposés au scellé, à la vente des meubles, ou avaient fait des saisies-arrêts, en ce cas ils ne seront point obligés d'allouer à l'héritier bénéficiaire ce qu'il aurait payé à d'autres créanciers, ou à des légataires, à leur préjudice.

C'est pourquoi lorsqu'il y a plusieurs créanciers opposants ou arrêtants, l'héritier bénéficiaire ne doit point payer qu'ils n'aient fait régler entre eux qui recevrait [3].

On demande si l'enfant héritier bénéficiaire avec ses frères et sœurs, est obligé de compter aux créanciers des sommes que son père lui a données entre-vifs ? La raison de douter est qu'un héritier, quoique bénéficiaire, est vraiment héritier, et par conséquent, sujet à la loi du rapport. La raison de décider, au contraire, qu'il n'est point sujet d'en compter aux créanciers, est qu'il est, à la vérité, sujet à la loi du rapport, mais envers ses cohéritiers seulement ; ce n'est qu'envers eux que les coutumes l'y obligent pour maintenir l'égalité entre les enfants ; mais il n'y est point obligé envers les créanciers qui n'ont de droit que sur les biens de la succession dont les choses données entre-vifs ne font point partie, puisque le donateur s'en est dessaisi de son vivant [4].

---

[1] *V.* art. 808, C. civ., 2e alinéa.

Art. 808 : « S'il y a des créanciers « opposants, l'héritier bénéficiaire ne « peut payer que dans l'ordre et de la « manière réglés par le juge. — S'il « n'y a pas de créanciers opposants, il « paie les créanciers et les légataires « à mesure qu'ils se présentent. »

[2] *V.* art. 809, C. civ.

Art. 809 : « Les créanciers non opposants qui ne se présentent qu'après « l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours « à exercer que contre les légataires. « — Dans l'un et l'autre cas, le recours « se prescrit par le laps de trois ans, à « compter du jour de l'apurement du « compte et du paiement du reliquat. »

[3] *V.* art. 808, C. civ., 1er alinéa ci-dessus, note 1.

[4] *V.* art. 857, C. civ., qui pose la même règle.

Art. 857 : « Le rapport n'est dû que « par le cohéritier à son cohéritier ; il « n'est pas dû aux légataires ni aux « créanciers de la succession. »

On dira que par le rapport les choses données sont censées rentrer dans la succession : la réponse est que, si elles sont censées rentrer en la succession, ce ne peut être que par fiction, que dans la vérité elles n'en sont point, puisque le défunt avait cessé d'en être propriétaire, que les fictions ne doivent profiter qu'à ceux pour qui elles ont été établies ; d'où il suit que le rapport n'étant établi qu'en faveur des enfants cohéritiers, et non en faveur des créanciers, les créanciers ne peuvent en profiter.

L'héritier bénéficiaire doit-il compter aux créanciers de la portion qu'il a dans le rapport des choses données à son cohéritier, que son cohéritier doit lui faire ? On pourrait dire qu'il y a dans cette espèce une plus grande raison de douter, que cet héritier bénéficiaire à qui son cohéritier a rapporté une somme qui lui a été donnée, n'a part en cette somme rapportée qu'à cause de la succession, que parce qu'il est héritier. La raison de décider au contraire, est que cette somme n'est point véritablement de la succession, puisque le défunt ne la lui a point laissée, ce qui suffit pour que les créanciers n'y puissent prétendre aucun droit, n'en ayant, au moyen du bénéfice d'inventaire, que sur les biens de la succession [1].

Il résulte de ces principes, que, si deux enfants héritiers de leur père, le sont l'un et l'autre sous bénéfice d'inventaire, les créanciers de la succession n'ont rien à prétendre sur ce qui a été donné entre-vifs par le défunt, soit à l'un, soit à l'autre.

Mais si l'enfant donataire est héritier bénéficiaire, et l'autre enfant, qui n'a rien reçu, est héritier pur et simple, et que ce dernier, qui est insolvable, ne veuille point, en fraude de ses créanciers, user du droit qu'il a de se faire rapporter par son frère la somme que son frère a reçue, les créanciers de la succession qui, par l'acceptation pure et simple de cet enfant qui n'a rien reçu, sont devenus ses créanciers pour la moitié de leurs créances, aussi bien que les autres propres créanciers de cet enfant, pourront, comme exerçant les droits de leur débiteur, exiger de l'enfant donataire le rapport que leur débiteur aurait droit d'exiger ; car c'est un droit qui lui est acquis qu'il ne peut remettre en fraude de ses créanciers [2].

Que s'ils ont reçu l'un et l'autre, il se fait une compensation jusqu'à due concurrence, et celui qui a reçu le plus ne doit le rapport que de l'excédant ; par exemple, si le premier a reçu 30,000 livres, et le second 20,000 livres, le premier ne doit rapporter que10,000 livres dont il doit 5,000 livres.

§ VII. *Du second effet du bénéfice d'inventaire qui consiste en ce que les droits et actions que l'héritier avait contre le défunt, ne se confondent point.*

Du principe que nous avons établi ci-dessus, « que le bénéfice d'inventaire fait vis-à-vis des créanciers, une séparation, de la succession et de la personne de l'héritier qui l'a acceptée sous ce bénéfice, et qu'elle le fait considérer plutôt comme le séquestre et l'administrateur de cette succession, que comme le vrai héritier ; » il en résulte cette seconde conséquence, que l'héritier en acceptant la succession sous bénéfice d'inventaire, ne confond point les droits

---

[1] Même art. 857, C. civ., *V.* la note précédente.

[2] *V.* art. 1166, C. civ.

Art. 1166 : « les créanciers peuvent « exercer tous les droits et actions de « leur débiteur, à l'exception de ceux « qui sont exclusivement attachés à la « personne. »

Il faut remarquer que l'art. 857 (C. civ., *V.* ci-dessus, p.132, note 4), parle des *créanciers de la succession* : or les créanciers du défunt ne restent *creanciers de la succession*, qu'au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ; par l'acceptation pure et simple, il y a confusion de tous les biens.

et actions qu'il avait de son chef contre le défunt, et qu'il continue d'avoir ses droits et actions contre la succession, de la même manière que l'administrateur des biens d'une église, d'un pupille ou autre personne, conserve les droits et actions qu'il a contre l'Eglise, ou contre le pupille, dont il administre les biens.

C'est ce qui est expressément décidé en la loi *scimus* qui a établi le bénéfice d'inventaire. *Si ipse aliquas contrà defunctum habeat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.* Ce second effet du bénéfice d'inventaire n'est même qu'une suite et qu'une conséquence du premier; si l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu sur ses propres biens, des dettes du défunt, ce qui est le premier effet du bénéfice d'inventaire, il s'ensuit, nécessairement, qu'il ne doit pas confondre ses créances contre le défunt; car si les dettes dont le défunt était tenu envers lui, s'éteignaient par son acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, il s'ensuivrait que l'héritier acquitterait les dettes du défunt sur son propre bien, puisqu'il les acquitterait par la confusion de ses créances qui sont son propre bien [1].

Suivant ces principes, l'héritier bénéficiaire peut, sans renoncer et abandonner les biens de la succession bénéficiaire, être payé sur le prix des immeubles et autres deniers de la succession, des créances qu'il a contre la succession, par contribution au sol la livre avec les autres créanciers saisissants et opposants; il peut de même venir en ordre de ses hypothèques sur le prix du décret d'un héritage de la succession bénéficiaire, et toucher le prix de sa collocation; c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Maran et de Vauxjour de 1618, rapporté par les commentateurs.

Par la même raison, on doit décider que, si le défunt avait vendu un héritage appartenant à celui qui est devenu depuis son héritier bénéficiaire, cet héritier bénéficiaire pourra revendiquer son héritage, sans que le possesseur puisse exclure son action, en lui opposant qu'il a succédé à l'obligation de garantie dont était tenu le défunt qui a vendu l'héritage, car il répliquera que n'étant héritier du vendeur que sous bénéfice d'inventaire, il n'est point tenu, sur ses propres biens, de ses obligations, ni, par conséquent, de cette obligation de garantie, qu'elle ne peut donc pas exclure l'action de revendication qu'il a de son chef, et qui a pour objet son propre bien; c'est pourquoi, en ce cas, le juge fera droit sur l'action de revendication, qu'il intente de son chef, et le condamnera, comme héritier bénéficiaire du vendeur, aux dommages et intérêts du possesseur, résultant de l'éviction, desquels ce possesseur évincé se fera payer sur les biens de la succession bénéficiaire.

Par la même raison, l'héritier bénéficiaire, qui est en même temps créancier hypothécaire du défunt pourra intenter l'action d'interruption et même l'action hypothécaire contre les détenteurs qui ont acquis des héritages du défunt postérieurement à ses hypothèques; sauf à ces détenteurs à obtenir contre lui, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation de dommages et intérêts qu'ils exerceront sur les biens de la succession bénéficiaire [2].

---

[1] *V.* art. 802, §. 2°, C. civ., ci-dessus, p. 126, note 1.

[2] *V.* art. 996, C. proc. civ.

Art. 996 : « Les actions à intenter « par l'héritier bénéficiaire contre la « succession, seront intentées contre « les autres héritiers; et s'il n'y en a « pas, ou qu'elles soient intentées par « tous, elles le seront contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé en la même forme que le curateur à la succession vacante. »

§ VIII. *Du troisième effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste à pouvoir renoncer aux biens de la succession.*

Le troisième effet du bénéfice d'inventaire est que l'héritier bénéficiaire peut, si bon lui semble, renoncer à la succession [1], en abandonnant les biens aux créanciers, et leur rendant compte de l'administration qu'il a eue jusqu'à l'abandon qu'il en fait.

Cet effet est encore une suite du premier, car n'étant tenu des dettes et charges de la succession que sur les biens de cette succession, il s'ensuit qu'il doit lui être être permis de se procurer une décharge entière en les abondonnant.

L'héritier bénéficiaire qui fait cet abandon doit rendre aux créanciers et légataires un compte de sa gestion. Voyez sur ce qui en doit composer la recette et la mise, ce que nous avons dit au § 6.

L'héritier bénéficiaire étant censé s'être obligé à ce compte du jour qu'il a accepté la succession bénéficiaire, c'est-à-dire du jour qu'il a fait entériner ses lettres, c'est en conséquence, du jour de cet entérinement, que les créanciers de la succession bénéficiaire ont hypothèque sur les biens de cet héritier, pour le compte des biens qu'il doit leur rendre [2].

Lorsque l'héritier bénéficiaire est mort avant que d'avoir fait cet abandon, les créanciers ont-ils cette hypothèque même pour les dégradations et dissipations survenues depuis sa mort? Lebrun décide que oui (liv. 3, ch. 4, n° 70); la raison est que le droit qu'ont les créanciers de se faire rendre compte de toute la succession bénéficiaire, et par conséquent même des dissipations et dégradations survenues depuis la mort de l'héritier, procède de l'obligation que cet héritier bénéficiaire a contractée envers eux, dès l'instant qu'il s'est mis en possession des biens de la succession, de les leur conserver, ou de leur payer leurs dettes.

Lorsqu'il y a deux héritiers bénéficiaires qui ont partagé ensemble les biens de la succession, chacun n'est tenu de conserver que ce qui est échu à son lot, et non ce qui est échu au lot de l'autre, chacun étant censé n'avoir succédé qu'à son lot, chacun ne doit donc compter que de son lot.

La renonciation que fait l'héritier bénéficiaire est plutôt un abandon des biens qu'il fait aux créanciers, qu'une vraie renonciation qu'il fait de la succession, car l'acceptation qu'il a faite de la succession, quoique sous bénéfice d'inventaire, l'ayant rendu héritier, il ne peut plus se dépouiller de cette qualité; *qui semel hæres, semper hæres;* il est vrai qu'en abandonnant les biens, et d'ailleurs n'étant point tenu, en conséquence du bénéfice d'inventaire, des obligations du défunt; il ne conserve qu'un vain nom et un vain titre d'héritier, *nudum nomen et vanum titulum hæredis;* mais néanmoins on ne peut pas dire qu'il ne soit pas héritier [3].

De là naît la question de savoir si l'enfant héritier bénéficiaire qui a renoncé demeure sujet, envers ses cohéritiers, au rapport de ce qui lui a été donné par le défunt? Je pense qu'on doit décider, contre l'avis de Lebrun (*ibid.* n° 34) qu'il y demeure sujet; la raison est que cette renonciation, comme nous venons de le dire, n'est qu'un abandon des biens de la succession qui ne le dé-

---

[1] Cet abandon n'est point une renonciation proprement dite; Pothier lui-même a soin d'en faire la remarque plus bas.

[2] Cette hypothèque n'aurait pas lieu aujourd'hui.

[3] D'ailleurs si par cet événement le prix de la vente surpassait le montant des dettes, l'excédant appartiendrait à l'héritier bénéficiaire qui a fait l'abandon, et non point au degré subséquent.

pouille pas de la qualité d'héritier dont il s'est revêtu par son acceptation, quoique faite sous bénéfice d'inventaire, et ne le décharge pas, par conséquent, de l'obligation du rapport attachée à cette qualité; les termes de la loi *scimus* qu'oppose Lebrun, qui est d'un avis contraire au nôtre, *nihil ex subtantiâ suâ penitùs amittant*, n'ont rapport qu'aux créanciers de la succession à qui la loi ne permet pas de se venger sur les propres biens de l'héritier, cette loi n'a été faite que pour décharger l'héritier envers les créanciers et les légataires, elle doit donc se terminer là et elle ne doit donc point s'étendre à décharger l'héritier de l'obligation du rapport envers les cohéritiers, parce qu'elle n'a point été faite pour ce cas. Le bénéfice d'inventaire consiste à établir une séparation de la personne, de l'héritier et de la succession, et à ne charger des dettes de la succession, que la succession, et non la personne de l'héritier; mais l'obligation du rapport n'est pas une obligation de la succession, mais une obligation propre de l'héritier, quoiqu'elle dépende de la condition de son acceptation de la succession, et par conséquent, l'héritier en peut être tenu sur ses propres biens, nonobstant l'abandon qu'il a fait de ceux de la succession. Ajoutez que ce rapport qui établit l'égalité entre les enfants, est extrêmemnt favorable dans le pays coutumier, plusieurs coutumes l'ayant établi, même dans le cas d'une véritable renonciation à la succession. Enfin, notre opinion se trouve autorisée par un arrêt de 1682 qui est au Journal du Palais [1].

Il n'en est pas de même de l'enfant qui se fait restituer contre l'acceptation de la succession. Voyez la différence au chapitre suivant.

§ IX. *Contre quels créanciers le bénéfice d'inventaire a-t-il lieu?*

Le bénéfice d'inventaire a lieu contre quelques créanciers que ce soit.

L'ordonnance de Roussillon de l'an 1563, art. 16, en a excepté le roi, en défendant que les héritiers des comptables pussent se servir de ce bénéfice pour ce que le défunt devait au roi; la raison en est que le roi n'est pas censé accorder contre lui-même le bénéfice de l'inventaire.

Les arrêts ont étendu le cas de cette ordonnance à celui des successions des commis des comptables.

On l'a aussi étendu par l'arrêt de Bastard, de 1618 (16 juillet), à la succession d'un receveur des consignations. L'arrêt est rapporté par Brodeau, lettre H, sommaire 18, n° 2.

Les héritiers de ces personnes ne sont exclus du bénéfice d'inventaire que pour ce que le défunt devait pour raison de son emploi; ils peuvent le faire valoir contre les autres créanciers [2].

ART. III. — De la préférence que les coutumes donnent à l'acceptation pure et simple, sur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

§ I. *Origine de cette préférence, et sur quoi elle est fondée.*

C'est un droit anciennement établi dans le pays coutumier, que le parent, quoique en degré plus éloigné, qui offre accepter purement et simplement la succession du défunt, est préféré au parent en degré plus proche que lui qui l'a acceptée sous bénéfice d'inventaire.

C'est ce qui paraît par ce qu'en dit Masuer, *si ille qui est proximior vult succedere per beneficium inventarii, alius existens in ulteriore gradu volens*

---

[1] Il faut décider de même aujourd'hui, *Voyez* article 843 ci-dessus, page 121, note 4, et 774, du Code civil, ci-dessus, page 115, à la note 1.

[2] Ces exceptions ne sont point reproduites par la loi nouvelle.

succedere simpliciter, præfertur favore defuncti creditorum et legatariorum.

Beaucoup de coutumes en parlent, celles de Paris et d'Orléans ont des dispositions pour le limiter, et le supposent par conséquent comme un droit anciennement établi.

C'est pourquoi il y a lieu de penser que cette préférence doit avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

A l'égard des provinces régies par le droit écrit, ce droit qui est de pure institution française, n'y est pas en usage.

Il faut convenir que ce droit est fort bizarre, et qu'il paraît injuste qu'un parent soit privé d'une succession qui lui est déférée par la loi, par un parent plus éloigné, pour avoir usé d'un bénéfice qui lui était présenté par la loi même[1].

Masuer, dont nous avons ci-dessus rapporté le texte, nous apprend les raisons sur lesquelles il est fondé; c'est, dit-il, *favore defuncti, creditorum, et legatariorum.*

1° *Favore defuncti.*—On a trouvé que l'acceptation pure et simple faisait beaucoup plus d'honneur à la mémoire du défunt qu'une acceptation faite sous bénéfice d'inventaire. Lorsque la succession du défunt n'est acceptée que sous ce bénéfice, comme c'est le propre caractère de ce bénéfice de faire considérer la succession séparément de la personne de l'héritier, de séparer les biens et les dettes de la succession des biens et des dettes de l'héritier; les créanciers peuvent subhaster et décréter les biens de la succession comme biens du défunt, et comme pour les dettes du défunt, ce qui est flétrissant pour la mémoire du défunt. Cette flétrissure n'est pas à craindre lorsque la succession du défunt a été acceptée purement et simplement: car par cette acceptation pure et simple, les biens du défunt deviennent les biens de l'héritier, c'est pourquoi si les créanciers font saisir et vendre les biens, ce ne sont plus les biens du défunt, ce sont ceux de l'héritier qui sont saisis, ce n'est plus pour les dettes du défunt qui sont devenues celles de l'héritier, c'est pour les dettes de l'héritier qu'ils sont vendus. L'honneur du défunt qui n'est plus en nom, est à couvert. Cette acceptation pure et simple est donc bien plus avantageuse à sa mémoire, celui qui accepte la succession de cette manière est donc bien plus digne de la succession que celui qui a recours au bénéfice d'inventaire; l'honneur qu'il fait à la mémoire du défunt l'emporte sur la proximité du degré. C'est le vœu naturel de tous les honnêtes gens que leurs dettes soient acquittées, on doit présumer que tel était le vœu du défunt, et par conséquent, s'il eût pu être interrogé, lequel il préférerait pour héritier, ou de celui qui, par une acceptation pure et simple, assurerait l'acquittement de ses dettes, ou de celui qui, par le bénéfice d'inventaire, les mettrait en risque de n'être pas acquittées, il n'est pas douteux qu'il eût préféré pour héritier celui qui accepterait purement et simplement; la loi qui, en déférant les successions, ne fait que suppléer à la volonté des défunts, doit donc aussi le préférer.

2° *Favore creditorum.*—Des créanciers de bonne foi, méritent qu'on leur subvienne, et par conséquent qu'on préfère pour héritiers ceux qui, par une acceptation pure et simple, assurent le paiement de leurs créances.

3° *Favore legatariorum,* dit Masuer.—Comment cela? Car, quoique l'acceptation soit pure et simple, leurs legs ne seront pas acquittés, s'il ne se trouve

---

[1] Notre Code ayant complétement gardé le silence sur cette préférence, nous devons conclure que l'héritier qui accepte, sous bénéfice d'inventaire, n'a point à craindre d'être dépouillé de la succession par un parent d'un degré plus éloigné, qui offrirait d'accepter purement.

pas suffisamment de quoi les acquitter dans les biens de la succession, en quoi les légataires sont différents des créanciers[1]. Cela est vrai, mais nonobstant cela, l'acceptation pure et simple de l'héritier est plus avantageuse aux légataires, parce que, tant que l'héritier pur et simple ne justifie pas qu'il n'y a pas de quoi payer les legs dans les biens de la succession, qu'il ne les abandonne pas aux légataires, il peut être contraint au paiement même sur ses propres biens, au lieu qu'on ne peut se venger sur ceux de l'héritier bénéficiaire.

§ II. *Quels héritiers bénéficiaires peuvent être exclus par les héritiers purs et simples.*

Il n'y a que les héritiers de la ligne collatérale qui puissent être exclus de la succession par un héritier simple.

Les coutumes de Paris, art. 342, et d'Orléans, art. 348, s'expliquent ainsi : *l'héritier en ligne directe, qui se porte héritier par bénéfice d'inventaire, n'est exclus par autre parent qui se porte héritier simple.*

La raison de différence entre les enfants et les collatéraux est sensible, nos biens ne sont pas dus à nos collatéraux ; la succession d'un collatéral est une bonne fortune ; la loi peut donc dans cette succession préférer celui qui fait le bien des créanciers de la succession, et qui fait le plus d'honneur à la mémoire du défunt, mais elle ne peut pas de même priver les enfants d'une succession qui leur est due par la loi naturelle [2].

Quoique cette raison ne milite pas à l'égard des ascendants, néanmoins la succession de leurs enfants qui leur est déférée *in solatium orbitatis* est si favorable qu'ils ne doivent pas en être exclus par un héritier pur et simple, lorsqu'ils l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire. On ne doit pas leur faire perdre le corps et les biens, comme on dit vulgairement, *afflicto non debet addi afflictio.*

Cette distinction entre la ligne directe et la collatérale est fondée sur des raisons si naturelles et si favorables qu'elle doit être suppléée dans les coutumes qui préfèrent indistinctement l'héritier simple au bénéficiaire. C'est l'avis de Lebrun (liv. 3, ch. 4, n° 41).

Dans les coutumes qui ne se sont point du tout expliquées sur cette exclusion, et où elle n'a lieu que comme étant le droit commun du pays coutumier, il n'est pas douteux qu'elle n'a pas lieu à l'égard des héritiers de la ligne directe, c'est ce qui a été jugé pour la coutume de Troyes, par arrêt rapporté par Dufresne au *Journal des Audiences*, et pour la coutume de Poitou, par arrêt (du 17 avril 1601) rapporté par Montholon (arrêt 94).

L'héritier contractuel, quoique collatéral, ne doit pas être sujet à l'exclusion, car la succession lui étant due par la loi de son contrat de mariage, on ne doit pas l'en dépouiller. Il y a néanmoins quelques coutumes qui décident qu'il peut être exclu.

§ III. *Quelles personnes peuvent exclure l'héritier bénéficiaire, en se portant héritiers simples.*

Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir exclure l'héritier bénéficiaire, d'être parent en égal degré que lui, ni d'être appelé conjointement avec lui à la succession ; un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, en offrant d'être héritier pur et simple, peut l'exclure.

---

[1] Remarquons que Pothier décide sans hésiter que l'héritier pur et simple n'est pas tenu des legs *ultrà vires hæreditatis.*

[2] *V.* au chap. 1er de ce traité, ci-dessus, p. 2, note 1.

C'est ce qui paraît par le texte de Masuer ci-dessus rapporté, *aliis existens in ulteriore gradu*.

Plusieurs coutumes s'en expliquent expressément, comme Melun, Péronne, Lille, Nivernais, etc. Nos coutumes de Paris et d'Orléans ne le disent pas expressément; mais elles le supposent, en faisant une exception à la règle à l'égard du mineur, et décidant que le mineur ne peut exclure un héritier bénéficiaire plus proche en degré; cette exception suppose la règle; « que, hors le cas de minorité, le parent plus éloigné peut exclure le plus proche. »

Il n'est pas douteux qu'un étranger ne peut pas exclure l'héritier bénéficiaire.

Quoique le survivant des deux conjoints par mariage, ait droit de succéder au prédécédé, à défaut de parents, néanmoins ce conjoint n'a pas le droit d'exclure un parent héritier bénéficiaire du défunt, en offrant d'être héritier pur et simple.

Ce n'est que par un droit singulier et pour exclure le fisc, qu'un survivant de deux conjoints qui ne sont point parents, est admis à succéder au prédécédé, à défaut de parents; quand il y en a, il est étranger à cette succession, et ne peut point avoir le droit d'exclure les parents.

Il ne suffit pas toujours d'être parent, pour avoir ce droit; lorsqu'il s'agit d'une succession de propres, il faut être parent de la famille à laquelle la succession de ces propres est affectée, et quoiqu'un parent du défunt d'une autre famille ait droit de succéder à ces propres au défunt, au défaut des parents de la famille à laquelle ils sont affectés, néanmoins il n'a pas le droit d'exclure les parents de la famille qui se sont portés héritiers bénéficiaires; car, cette succession des propres étant affectée à la famille d'où ces propres procèdent, le parent du défunt d'une autre ligne est étranger à cette succession; il est si étranger qu'on doutait autrefois si, à défaut de parents de la famille, il pouvait y succéder. Un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, peut bien exclure un parent d'un degré plus proche, mais il faut qu'il soit parent d'un même ordre de parenté, et qu'il n'y ait de différence entre eux que dans le degré. La coutume de Nivernais s'en explique par ces termes, *qui s'entend quand il est lignager, autrement non*.

Par une semblable raison, il a été jugé que l'héritier testamentaire, dans les coutumes qui en admettent, qui se porte héritier sous bénéfice d'inventaire, ne peut être exclu par un parent qui se porterait héritier pur et simple *ab intestat*, parce qu'il ne peut y avoir lieu à la succession *ab intestat*, tant qu'il y en a une testamentaire, et que ces héritiers sont entre eux d'un ordre différent. Néanmoins la coutume de Berri permet cette exclusion, elle doit être restreinte à son territoire.

Il y a plus de difficulté de savoir si un héritier testamentaire peut être exclu même par un héritier du même ordre, et testamentaire comme lui? La raison de douter est que, venant à la succession *ex expresso judicio defuncti*, il semble ne devoir pas être sujet à une exclusion fondée sur de simples raisons de convenance, et sur une présomption de la volonté du défunt qu'il aurait préféré celui qui acceptait purement et simplement sa succession, à celui qui l'accepterait, sous bénéfice d'inventaire. Néanmoins Lebrun (*ibid.*, nos 47 et suiv.) pense, qu'entre héritiers testamentaires, le pur et simple doit exclure le bénéficiaire.

On demande si la sœur, en offrant d'être héritière simple, peut exclure ses frères héritiers bénéficiaires de la succession des fiefs. Dumoulin, en sa note sur Paris (§ 186, nos 2 et 3) décide qu'elle ne le peut, *non puto quod ipsa posset excludere eos adeundo simpliciter, quin immò sufficit quod ipsi venient ad successionem ut ipsa sit exclusa*. Lebrun (liv. 3, ch. 4, n° 41) est d'avis contraire à Dumoulin, et je crois qu'il a raison. La raison qu'apporte Dumoulin prouverait qu'un parent en degré plus éloigné ne pourrait pas exclure un plus proche, et cependant il n'est pas douteux qu'il le peut. Que si la proximité du degré n'empêche pas l'exclusion, *à fortiori*, l'avantage de la

masculinité ne doit pas l'empêcher, car cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré, puisqu'il lui cède ; et qu'une fille parente en plus prochain degré est préférée au mâle plus éloigné.

Lebrun (*ibid.*, n° 41, *in fine*) ajoute que, non-seulement les frères peuvent être exclus par la sœur du défunt, mais qu'ils peuvent l'être par une tante et par une cousine, ce qui me paraît vrai.

La question si le parent du double lien peut être exclu par un parent du simple lien, se décide par le même principe; cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré; par conséquent, puisque la proximité du degré n'empêche pas l'héritier bénéficiaire d'être exclu par le parent plus éloigné, *à fortiori* l'avantage du double lien n'empêche pas d'être exclu par un parent du simple lien.

La règle que le parent plus éloigné qui se porte héritier simple, exclut le parent le plus proche héritier bénéficiaire, reçoit une exception à l'égard des mineurs; les coutumes de Paris et d'Orléans disent que le mineur qui se porte héritier simple, ne peut exclure l'héritier par bénéfice d'inventaire qui est en plus proche degré.

La raison pour laquelle on a donné, à cet égard, moins de droit au mineur qu'au majeur, est facile à apercevoir; c'est que le mineur ayant le bénéfice de la restitution contre l'acceptation qu'il ferait de la succession; son acceptation, quoique pure et simple, ne rendrait la condition des créanciers guère meilleure, et n'assurerait guère mieux l'acquittement des dettes que l'acceptation bénéficiaire; on ne doit donc pas lui accorder si facilement la préférence sur l'acceptation bénéficiaire.

Que si le mineur offrait donner caution aux créanciers qu'il ne reviendrait point par lettres de rescision contre son acceptation pure et simple, il a été jugé qu'en ce cas, il devait être reçu à exclure l'héritier bénéficiaire en degré plus proche; la raison est que la caution réparant, en ce cas, ce défaut de sa minorité, son acceptation pure et simple assurant également, en ce cas, l'acquittement des dettes de la succession, comme l'assurerait l'acceptation faite par un majeur, il doit avoir le même droit que le majeur.

La coutume, en défendant au mineur d'exclure l'héritier bénéficiaire plus proche, permet tacitement qu'il puisse exclure celui qui est en pareil degré que lui; car, quoique son acceptation ne rende guère meilleure la condition des créanciers, on ne peut néanmoins disconvenir que cette acceptation fait autant d'honneur au défunt qu'une acceptation bénéficiaire, et par conséquent, *cæteris paribus*, elle doit prévaloir.

Suffirait-il au mineur héritier simple, d'être en pareil degré par le secours de la représentation, pour exclure l'héritier bénéficiaire? Je pense que non. La coutume défend qu'il puisse exclure l'héritier bénéficiaire *qui est en plus proche degré*, il suffit que cet héritier bénéficiaire soit réellement *au plus proche degré*, pour ne pouvoir être exclu.

Il reste à observer sur cette matière, qu'il a été jugé par arrêt rapporté par Brodeau, lettre H, sommaire 1, n° 10, que les créanciers d'un parent qui avait eu droit, en se portant héritier simple, d'exclure un héritier bénéficiaire plus proche, et qui ne veut pas user de ce droit, ne peuvent plus l'exercer pour lui; on a regardé ce droit de défendre l'honneur du défunt comme personnel aux parents, et comme ne pouvant être exercé par d'autres, d'ailleurs on ne peut pas dire que ce soit en fraude de ses créanciers que cet héritier refuse d'accepter la succession purement et simplement, puisqu'il s'en trouve d'autres qui jugent nécessaire la précaution du bénéfice d'inventaire.

§ IV. *Quand et comment l'héritier simple exclut-il l'héritier bénéficiaire, et comment l'héritier bénéficiaire peut-il éviter l'exclusion?*

Notre coutume, art. 340, prescrit le temps d'un an aux parents, pour se porter héritiers simples, à l'effet d'exclure l'héritier bénéficiaire; et elle fait

courir ce temps, *du jour de l'appréhension sous bénéfice d'inventaire ;* c'est-à-dire, comme d'autres coutumes s'expliquent, du jour que l'héritier bénéficiaire a présenté et fait entériner ses lettres.

La plupart des coutumes qui se sont expliquées sur ce temps ont prescrit le même délai d'un an, sauf celle de Béarn, qui le limite à six mois; c'est pourquoi je pense que ce terme d'un an doit avoir lieu dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur le temps pendant lequel les parents seraient recevables à exclure, comme étant le droit le plus commun.

Ce droit d'exclure l'héritier bénéficiaire étant une espèce de retrait de la succession que l'héritier simple exerce sur l'héritier bénéficiaire, la coutume a prescrit, pour l'exercer, le même délai d'un an qui a lieu pour les retraits.

Il ne suffit pas, pour exclure l'héritier bénéficiaire, que le parent qui le veut exclure, déclare, dans ledit terme d'un an, qu'il se porte héritier simple, il faut, outre cela, que, dans ledit terme, il signifie cette déclaration à l'héritier bénéficiaire; c'est ce qui est prescrit par notre art. 340.

L'héritier bénéficiaire à qui cette déclaration est signifiée, doit, s'il veut conserver la succession, renoncer au bénéfice d'inventaire, et se déclarer héritier simple.

La coutume d'Orléans, art. 341, lui donne le terme de 40 jours, pour renoncer à ce bénéfice, à compter du jour qu'un autre *sera apparu héritier simple ;* c'est-à-dire du jour qu'un autre lui aura signifié qu'il se portait héritier simple.

Ce terme de 40 jours n'est pas fatal ; pour que l'héritier bénéficiaire, qui, dans ce terme de 40 jours, n'a pas renoncé au bénéfice d'inventaire, soit exclu, il faut que celui qui veut l'exclure, l'assigne, après l'expiration des 40 jours, devant le juge du lieu où la succession est ouverte, et obtienne une sentence qui le déclare déchu de la succession.

Jusqu'à cette sentence de déchéance, il est toujours permis à l'héritier bénéficiaire, quoiqu'après les 40 jours expirés, de conserver la succession, en déclarant qu'il renonce au bénéfice d'inventaire, et qu'il se porte héritier simple.

M. Beauharnais pensait que cet héritier, même après la sentence d'échéance en interjetant appel de cette sentence, avait la même faculté sur l'appel, en refondant les dépens; le contraire a néanmoins été jugé par sentence du 3 décembre 1667.

Dans les autres coutumes qui ne se sont point expliquées sur le délai qu'aurait l'héritier bénéficiaire, pour délibérer s'il conserverait la succession, en renonçant à son bénéfice, ce délai doit être accordé à l'arbitrage du juge devant qui cet héritier bénéficiaire aura été assigné par celui qui le veut exclure.

§ V. *De l'effet de l'exclusion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier simple.*

Comme tout héritier, parmi nous, doit être censé avoir été saisi de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, suivant notre règle, *le mort saisit le vif,* il s'ensuit que l'héritier bénéficiaire qui est exlu, doit être censé n'avoir jamais été héritier, et avoir possédé sans droit de propriété les biens de la succession, et qu'au contraire l'héritier simple qui l'a exclu, doit être censé avoir été saisi des droits et biens de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, sur le refus de l'héritier bénéficiaire de se porter héritier simple, auquel refus on donne un effet rétroactif au temps de l'ouverture de la succession.

L'héritier bénéficiaire qui a été exclu par l'héritier simple, est censé, à la vérité, n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la succession, mais on ne peut pas disconvenir qu'il en ait été au moins administrateur, et qu'il n'ait eu le pouvoir d'un administrateur, jusqu'à ce que l'héritier simple se soit présenté.

De là il suit que ce qu'il a fait par rapport aux biens de la succession, pendant ce temps, doit être entretenu et valable, lorsque ce qu'il a fait n'excède pas les bornes d'une administration, et qu'au contraire, tout ce qu'il a fait, et qui excède les bornes d'une administration, n'est pas valable; par exemple, les paiements qui ont été faits à l'héritier bénéficiaire, jusqu'au temps de son exclusion [1], sont valables, quand même cet héritier bénéficiaire serait devenu insolvable; pareillement les baux qu'il a faits des héritages de la succession, les marchés qu'il a faits pour les réparations qui étaient à faire, sont valables, pourvu que ces marchés et ces baux aient été faits sans fraude, car exiger ce qui est dû par les débiteurs, faire des baux, faire des marchés sont toutes choses qui sont d'administration, et qui n'excèdent point le pouvoir d'un administrateur.

Il n'est pas douteux non plus que la vente des choses périssables et des fruits, faite par l'héritier bénéficiaire, est valable; car la vente de ces choses appartient encore à l'administration.

Il semble qu'il n'en est pas de même de la vente des autres meubles de la succession; cette vente semble passer les bornes d'une administration, suivant la loi 63, ff. *de procurat. Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles, vel immobiles, sine speciali mandato alienare potest; nisi fructus, aut alias res quæ facilè corrumpi possunt*. C'est pourquoi, s'il les a vendus de gré à gré, il y a lieu de soutenir que l'héritier simple qui l'a exclu pourrait revendiquer ces choses sur les détenteurs entre les mains desquels il les trouverait, ce qui peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Que si l'héritier bénéficiaire a fait vendre les meubles par vente publique, la foi publique de cette vente met les acheteurs et ceux qui leur auraient succédé à couvert de toute action de la part de l'héritier pur et simple, qui n'a d'autre droit, en ce cas, que de se faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire.

Pareillement les immeubles de la succession qui ont été vendus par décret sur l'héritier bénéficiaire, ne peuvent être revendiqués par l'héritier pur et simple qui l'a exclu; le décret a purgé le droit de propriété de cet héritier pur et simple, qui n'a plus d'autre droit que celui de se faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire. On ne peut pas dire que le décret fait sur l'héritier bénéficiaire, ait été fait *super non domino*; car cet héritier bénéficiaire, s'il n'était pas vrai propriétaire, était au moins propriétaire putatif et possesseur *animo domini*, ce qui suffit pour que le décret fait sur lui soit valable.

Que si l'héritier bénéficiaire avait vendu, sans décret, un immeuble de la succession, il n'est pas douteux que l'héritier pur et simple qui l'a exclu, pourrait le revendiquer. Lebrun (liv. 3, ch. 4, n° 59) pense néanmoins qu'il ne le pourrait pas, si ce n'est dans le cas où le prix aurait été dissipé par l'héritier bénéficiaire exclu, qui serait devenu insolvable; que s'il est solvable, il pense que l'héritier simple ne doit avoir qu'une action contre lui, pour se faire restituer le prix. Je ne vois pas sur quoi ce sentiment de Lebrun peut être fondé, je ne vois pas non plus que l'emploi du prix fait pour acquitter les dettes de la succession, doive exclure l'héritier simple de son action de revendication; cet emploi oblige seulement à tenir compte du prix qui a été ainsi employé.

A plus forte raison l'héritier simple peut-il revendiquer ce qui a été donné par le bénéficiaire exclu, car rien ne passe plus les bornes de l'administration que la donation.

C'est pourquoi je pense que l'héritier simple aurait la revendication même

---

[1] V. art. 1240, C. civ.

Art. 1240 : « Le paiement fait de « bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la « suite évincé. »

des choses mobilières de la succession que l'héritier bénéficiaire aurait données, s'il les trouvait entre les mains de quelqu'un.

Lebrun (*ibid.* nº 61) est néanmoins d'avis contraire, et pense qu'il n'a d'action que contre l'héritier bénéficiaire, pour s'en faire payer la valeur; mais je ne vois pas pourquoi la revendication lui serait refusée.

De ce que l'héritier bénéficiaire qui est exclu, est censé n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la succession; il suit encore que, s'il a désavoué le seigneur d'où relèvent des fiefs de la succession, ou, s'il l'a outragé, il n'a pu les commettre, car il n'y a que le vrai propriétaire du fief qui puisse le commettre; c'est pourquoi le seigneur ne pourra refuser d'investir l'héritier pur et simple qui se présentera à la foi pour ses fiefs, et de lui donner mainlevée des saisies qu'il en aura faites.

L'héritier bénéficiaire étant exclu de la succession par l'héritier simple, doit lui rendre compte de tout ce qui lui en est parvenu.

Ce compte doit être composé en recette et en mise, comme celui qu'un héritier bénéficiaire rend aux créanciers, lorsqu'il juge à propos d'abandonner les biens de la succession.

Lebrun (*ibid.* nº 65) y trouve une différence; il pense que l'héritier bénéficiaire qui doit compter aux créanciers des fruits et revenus des biens de la succession, lorsqu'il les leur abandonne, n'en doit point compter à l'héritier pur et simple par lequel il est exclu, parce que cet héritier bénéficiaire est, vis-à-vis de lui, un possesseur de bonne foi des biens de la succession, qui avait titre pour en jouir, jusqu'à ce que cet héritier simple fût apparu, et qui, en cette qualité de possesseur de bonne foi, doit gagner les fruits; c'est aussi l'avis de Lemaître. Ce sentiment me paraît contraire aux principes de droit; ce n'est que dans l'action de revendication des choses particulières que le possesseur de bonne foi n'est pas tenu de la restitution des fruits; dans l'action de pétition d'hérédité, telle qu'est l'action qu'a l'héritier pur et simple contre l'héritier bénéficiaire qu'il a exclu, le possesseur, quoiqu'il ait été de bonne foi, est tenu de compter des fruits dont il a profité, suivant cette règle : *post Senatûs-consultum enim, omne lucrum offerendum esse tàm bonæ fidei possessori quàm prædoni dicendum est.* L. 28, ff. *de Petit. hæred.* Et suivant ce qui est dit ailleurs : *fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint.* L. 20, § 2, ff. *eod. tit. adde* L. 56, ff. *eod. tit. et passim.* Toute la différence qu'il y a entre le possesseur de bonne foi et l'autre possesseur, c'est que le possesseur de bonne foi n'est tenu de tout ce qui lui est parvenu de la succession, que jusqu'à concurrence de ce qu'il en est devenu plus riche, au lieu que l'autre possesseur en est tenu indistinctement.

Observez que l'héritier bénéficiaire qui est exclu par l'héritier simple, n'est pas dans le même cas du possesseur de bonne foi d'une hérédité dont parlent les lois; elles parlent d'un possesseur qui avait juste sujet de croire que l'hérédité lui appartenait, et qui n'avait aucun sujet de soupçonner qu'il dût paraître un autre héritier à qui il devait la rendre, comme serait, par exemple, un héritier institué par un testament, qu'on croyait le dernier testament du défunt et qui s'est trouvé détruit par un postérieur qui a paru depuis, et dont on n'avait point de connaissance; tel est un parent qui s'est cru le plus proche en degré de succéder, ignorant qu'il y en avait un plus proche qui était absent, et qu'on avait peut-être même cru mort. Dans ces cas et autres semblables, on n'impute point au possesseur de bonne foi d'une hérédité, d'avoir dissipé ce qui lui est parvenu d'une sucession qu'il croyait son bien, et dont il n'avait pas sujet de croire être obligé jamais d'en rendre compte à personne; au lieu que l'héritier bénéficiaire savait ou devait savoir la loi qui permet aux autres parents de l'exclure, en se portant héritiers purs et simples dans l'année; il savait donc que, pendant l'année, il n'avait point un droit incommutable, et, par conséquent, il était obligé de conserver les biens de la succession à ceux qui pouvaient se porter héritiers simples.

Lebrun (*ibid.* n° 63) agite une question de savoir si un héritier bénéficiaire qui a retiré, par un retrait féodal, un fief mouvant d'une seigneurie de la succession, peut se dispenser de rendre ce fief à l'héritier pur et simple qui offre de lui rendre ce qu'il lui en a coûté pour le retrait; il décide contre l'héritier pur et simple, ce qui me paraît fort mal décidé; car il n'a pu exercer ce retrait féodal qu'en qualité d'héritier bénéficiaire, et par conséquent, au nom et pour le compte de la succession bénéficiaire; cet héritage retiré féodalement appartient donc à la succession, est une espèce de fruit et d'émolument de cette succession, qui, par conséquent, doit être restituée à l'héritier pur et simple.

L'héritier bénéficiaire, par l'exclusion que lui donne l'héritier simple, étant censé n'avoir jamais été vrai héritier, mais seulement un administrateur des biens de la succession, obligé à un compte, tant envers celui qui se porterait héritier simple qu'envers les créanciers, il s'ensuit que l'héritier simple doit avoir une hypothèque pour ce compte, semblable à celle des créanciers de la succession dont la date doit être du jour qu'a commencé l'administration de cet héritier bénéficiaire, c'est-à-dire du jour qu'il s'est mis en possession de la succession.

SECT. V. — De la répudiation des successions.

La faveur de nos contrats de mariage y a fait admettre des renonciations à des successions futures [1]; ce n'est pas de celles-ci dont nous traiterons ici; nous en avons traité au ch. 1, sect. 2, art. 4.

La *répudiation des successions* dont il est ici question, est un acte par lequel celui à qui une succession est déférée, déclare la volonté qu'il a de la répudier.

§ Ier. *Par qui une succession peut-elle être demandée ?*

Ceux à qui une succession est déférée, peuvent la répudier, pourvu qu'ils soient personnes capables d'aliéner; car, quoique la répudiation d'une succession ne soit pas une aliénation proprement dite, (celui qui répudie une succession omettant d'acquérir plutôt qu'il n'aliène, *non alienat qui omittit hæreditatem*), néanmoins, comme celui qui répudie se préjudicie, et se prive de la faculté qu'il avait de pouvoir accepter une succession avantageuse, cette répudiation de succession ressent l'aliénation, et ne doit être permise qu'aux personnes qui sont capables d'aliéner.

Suivant ces principes, un mineur ne peut valablement répudier une succession, sans l'autorité de son tuteur.

Un enfant et un insensé le peuvent encore moins; car cet acte renferme une volonté qui ne se trouve point dans ces personnes; une femme sous puissance de mari ne peut aussi, suivant notre principe, répudier les successions qui lui sont déférées, sans y être autorisée par son mari.

On peut répudier une succession par soi-même ou par un autre, comme par un procureur fondé d'un pouvoir spécial pour cela.

Un tuteur peut répudier une succession déférée à son mineur; un curateur peut répudier celles déférées à ceux qui sont sous sa curatelle.

Il est d'usage que les tuteurs et curateurs prennent la précaution de se faire autoriser, pour cela, par un avis de parents assemblés devant le juge [2].

Le mari étant le seigneur des droits mobiliers de sa femme, peut répudier une succession déférée à sa femme, qui ne consisterait qu'en mobilier [3].

---

[1] *V.* art. 791, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 3.

[2] *V.* art. 461, C. civ., ci-dessus, p. 120, note 2.

[3] Cette décision nous paraît fort douteuse, et par les mêmes raisons que nous avons données pour le cas d'acceptation (*V.* ci-dessus, p. 120,

Que s'il y avait des immeubles dans cette succession, il ne pourrait la répudier sans le consentement de sa femme [1].

Lorsqu'un héritier est mort sans s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation de la succession qui lui était déférée, les héritiers de cet héritier peuvent ou l'accepter ou la répudier, comme il l'aurait pu [2]. *V.* à la section précédente, art. 1, § 2.

§ II. *Quand peut-on répudier une succession?*

Hors le cas des contrats de mariage dans lesquels la jurisprudence a admis qu'on pût renoncer aux successions futures, on ne peut répudier une succession qu'après qu'elle est déférée. C'est ce qui résulte de cette règle de droit prise de la nature [3], *quod quis, si velit habere non potest, id repudiare non potest.* L. 174, § 1, ff. *de reg. jur.*

Suivant ce même principe, de même que, pour accepter une succession, il ne suffit pas qu'elle nous soit déférée, et qu'il faut de plus que nous ayons connaissance qu'elle nous est déférée, suivant que nous l'avons vu, sect. 3, art. 1, § 3 ; de même il faut avoir connaissance qu'elle nous est déférée, pour pouvoir valablement la répudier ; c'est ce qu'enseigne *la loi* 23, ff. *de Acq. hæred. in repudiandâ hæreditate, vel legato, certus esse debet de suo jure, is qui repudiat;* d'où Ulpien conclut, *si quis dubitet an vivat testator necne, repudiando nil agit.*

De là il suit que les parents d'un degré ultérieur ne peuvent, valablement, répudier une succession avant que ceux qui les précèdent dans l'ordre de succéder, l'aient eux-mêmes répudiée, parce que, jusqu'à ce temps, il est incertain si elle leur sera déférée.

On ne peut plus répudier une succession, après qu'on l'a acceptée ; mais il est toujours temps de la répudier, quelque long temps qui se soit écoulé, tant que nous n'avons fait aucun acte d'héritier, ni pris la qualité d'héritier [4].

§ III. *Comment répudie-t-on une succession?*

Par le droit romain, suivant la loi 95, ff. *Acq. hæred.,* une succession pouvait être répudiée, *quovis judicio voluntatis.* Ce principe n'est pas admis parmi nous ; *est majoris momenti,* dit d'Argentré sur la coutume de Bretagne, *quàm ut actibus tacitis colligi renuntiatio possit.*

C'est pourquoi, suivant notre droit, les renonciations aux successions ne peuvent se faire que par un acte par-devant notaire, ou par un acte au greffe, ou par une déclaration faite en justice dont le juge donne acte [5].

---

note 4) la succession n'est déférée, ni au mari, ni à la communauté, mais à la femme ; c'est à elle à prendre parti, sous l'autorisation de son mari ou de justice : d'ailleurs comment connaître d'une manière certaine qu'aucuns droits immobiliers ne dépendent d'une succession?

[1] Ce ne serait pas le mari qui répudierait, mais au contraire la femme avec l'autorisation du mari.

[2] *V.* art. 781, C. civ. ci-dessus, p. 121, note 2.

[3] *V.* art. 791, C. civ. ci-dessus, p. 30, note 3.

[4] *V.* art. 789, C. civ., qui met à cet égard la répudiation sur la même ligne que l'acceptation.

Art. 789 : « La faculté d'accepter ou « de répudier une succession se prescrit « par le laps de temps requis pour la « prescription la plus longue des droits « immobiliers. »

[5] *V.* art. 784, C. civ., et 997, C. p. civ.

Art. 784, C. civ. : « La renonciation à une succession ne se présume « pas : elle ne peut plus être faite « qu'au greffe du tribunal de première « instance dans l'arrondissement du-« quel la succession s'est ouverte, sur

Celui qui répudie une succession, peut faire seul cet acte, sans être obligé d'y appeler ni ses créanciers ou légataires, ni ses cohéritiers ou autres auxquels le droit qu'il répudie est dévolu par sa renonciation ; il suffit que le notaire, ou le greffier, ou le juge lui donne acte de la déclaration qu'il fait *qu'il répudie la succession.*

§ IV. *De l'effet de la répudiation d'une succession; et à qui le droit du renonçant accroît ou est dévolu.*

Celui qui répudie une succession, perd absolument la faculté qu'il avait de l'accepter, et il n'y peut plus, dorénavant, revenir que par la voie de la restitution en entier dans le cas auquel elle peut être accordée [1].

Celui qui répudie une succession n'a jamais succédé au défunt ; mais il demeure toujours vrai que la succession du défunt lui a été déférée, et la part qui lui était déférée et qu'il a répudiée, accroît à ses cohéritiers s'il en a ; c'est-à-dire à ceux qui étaient appelés conjointement avec lui à cette succession, lesquels, sur son refus, sont censés saisis immédiatement, par le défunt, de la portion répudiée [2].

Cette part accroît *sans prérogative d'aînesse,* suivant les art. 310 de Paris, et 359 d'Orléans.

§ V. *Comment cela s'entend-il?*

Dans les successions collatérales, lorsqu'un héritier mâle répudie la succession, sa part dans les biens féodaux [3] accroît à ses cohéritiers mâles, s'il y en a, préférablement aux filles ; car il n'y a qu'eux qui soient ses cohéritiers pour cette espèce de biens dont la succession n'est déférée aux filles qu'à leur défaut.

Dans les successions qui sont déférées par souches, lorsqu'un des héritiers d'une souche répudie la succession, sa part accroît à ceux de la même souche, préférablement à ceux des autres souches ; car ce sont ceux qui sont de ma souche qui sont proprement mes cohéritiers. Les cohéritiers des autres souches sont les cohéritiers de ma personne, plutôt que de ma souche, et ils n'ont rien à prétendre dans ce qui est déféré à ma souche, tant qu'il reste quelqu'un de cette souche qui vient à la succession [4].

Lorsque le renonçant n'a point de cohéritiers, son droit en la succession est dévolu aux parents du degré suivant, lesquels, sur son refus, sont réputés en être saisis immédiatement par le défunt du jour de l'ouverture de la succession [5].

« un registre particulier tenu à cet « effet. »

Art. 997, C. de proc. civ. : « Les renonciations à communauté ou à succession seront faites au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel la dissolution de la communauté ou l'ouverture de la succession se sera opérée, sur le registre prescrit par l'art. 784 du C. civ. (pour les successions), et en conformité de l'art. 1457 du même code (pour les communautés), sans qu'il soit besoin d'autre formalité. »

[1] Cette doctrine, conforme au droit romain, est changée par l'art. 790 C. civ., *V.* ci-dessus, p. 122, note 2.

[2] *V.* art. 785 et 786, C. civ., ci-dessus, p. 112, note 1, et p. 42, note 1.

[3] Nos lois nouvelles ne reconnaissent plus de biens féodaux.

[4] La renonciation profite à ceux auxquels l'acceptation aurait préjudicié.

[5] Pothier, qui, conformément au droit romain, voyait dans la renonciation une abdication absolue et irrévocable de la succession, pouvait admettre facilement la dévolution de la saisine ou possession au profit du degré subséquent : mais l'art. 790, (v. ci-dessus, p. 122, note 2), ayant établi une autre doctrine, le renonçant pouvant reprendre la succession tant

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, l'héritier d'une espèce de biens, *putà*, des propres paternels, n'est point cohéritier avec celui qui est appelé à la succession d'une autre espèce de biens, *putà*, des propres maternels; c'est pourquoi si l'un d'eux répudie la succession, *putà* l'héritier des propres maternels, son droit n'accroîtra point à l'héritier des propres paternels, qui n'est point son cohéritier pour cette succession, à laquelle il n'est point du tout appelé; mais il sera dévolu aux parents du degré suivant, de la ligne du renonçant [1].

SECT. V. — Du temps accordé a l'héritier pour délibérer sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation des successions.

Il est juste que l'héritier présomptif à qui une succession est déférée, ait un temps suffisant pour s'instruire des forces de la succession, et pour délibérer et se conseiller sur le parti qu'il doit prendre de l'acceptation ou de la répudiation.

D'un autre côté, il est juste que l'héritier présomptif, après qu'il aura eu un temps suffisant pour s'instruire et prendre son parti, puisse être obligé, par les créanciers et légataires de la succession, à prendre qualité et à déclarer s'il accepte ou répudie la succession, afin que ses créanciers et légataires puissent être payés.

L'ordonnance de 1667 a fixé ce temps. Elle veut que, du jour que la mort du défunt est connue, les héritiers, c'est-à-dire ceux qui sont appelés à la succession, aient le temps de trois mois pour faire l'inventaire des meubles, titres et enseignements de la succession, et quarante jours, depuis que cet inventaire est achevé, pour délibérer sur le parti qu'ils prendront.

Lorsque l'héritier a achevé l'inventaire avant les trois mois qui lui sont accordés, le délai de quarante jours commence à courir du jour que l'inventaire a été achevé, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration des trois mois [2].

Si, au contraire, l'inventaire n'était point achevé, lors de l'expiration des trois mois, le délai des quarante jours pour délibérer ne laisserait pas de courir du jour de l'expiration des trois mois; car il ne doit pas dépendre de l'héritier, en négligeant de travailler à l'inventaire, de se procurer, au préjudice des créanciers et légataires, des délais plus longs que ceux que la loi lui a voulu accorder.

Ces délais ne sont pas de *jours utiles*, tous les jours y sont compris, les fêtes et les dimanches comme les autres.

---

qu'elle n'a pas été acceptée par un autre, il faut bien en conclure que le degré subséquent n'est point immédiatement saisi.

[1] Quoique nos lois nouvelles ne reconnaissent plus de *propres de succession*, il faut cependant appliquer la décision que donne ici Pothier, au cas où un parent d'une ligne renonce: sa part accroît aux cohéritiers de la même ligne, s'il en a, ou elle est dévolue au parent du degré subséquent dans la même ligne:

« Il ne se fait aucune dévolution « d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne « se trouve aucun ascendant ni colla« téral de l'une des deux lignes. » (*V.* art. 733, C. civ., ci-dessus, p. 70, note 1).

[2] *V.* art. 795, C. civ.

Art. 795 : « L'héritier a trois mois « pour faire inventaire, à compter du « jour de l'ouverture de la succession. « — Il a de plus, pour délibérer sur son « acceptation ou sur sa renonciation, « un délai de quarante jours, qui com« mencent à courir du jour de l'expi« ration des trois mois donnés pour « l'inventaire, ou du jour de la clôture « de l'inventaire s'il a été terminé avant « les trois mois. »

Ces délais sont accordés, tant en faveur de l'héritier qu'en faveur des créanciers et légataires, et, en conséquence, ils ont deux effets.

Le premier effet, qui est en faveur de l'héritier, est que, tant que ces délais durent, les créanciers et légataires ne peuvent obtenir contre lui aucune condamnation.

Ils peuvent bien donner des demandes contre lui; ces demandes procèdent, et ne sont pas nulles pour être données avant l'expiration des délais; mais l'héritier a une exception dilatoire qu'il peut opposer contre ces demandes, qui en arrête l'effet; savoir, qu'il est dans ses délais pour délibérer.

En conséquence de cette exception, le demandeur ne pourra plus poursuivre l'audience, ni obtenir de condamnation jusqu'à ce que les délais soient expirés [1].

Les demandes données par les créanciers et légataires, avant l'expiration des délais, procèdent à la vérité, et ils ne sont point obligés d'en donner d'autres après l'expiration des délais; mais ces demandes ne peuvent faire courir aucuns intérêts des sommes demandées, tant que les délais ne seront pas expirés; car les intérêts sont la peine de la demeure injuste en laquelle est le débiteur de payer. *Usuræ debentur ex morâ ;* mais on ne peut pas dire que l'héritier soit en demeure, tant qu'il jouit des délais que la loi lui accorde.

Par la même raison, si l'héritier assigné paie dans les délais, ou rapporte dans les délais sa renonciation à la succession, il ne devra point les dépens de la demande.

Si les créanciers ne peuvent pas obtenir de condamnation pendant les délais de l'héritier, ils peuvent au moins saisir et arrêter les effets de la succession pour leur sûreté.

Le second effet de ces délais, qui est en faveur des créanciers et légataires, est qu'aussitôt que les délais sont expirés, l'héritier présomptif est obligé, sur les demandes des créanciers et légataires, de se déterminer précisément sur le parti qu'il entend prendre, ou de défendre à la demande en qualité d'héritier, ou de rapporter une renonciation, sans que le juge doive lui accorder d'autre délai que celui que la loi lui a accordé.

Néanmoins, si les affaires d'une succession étaient d'une si grande discussion et étendue, que le juge trouvât que le délai accordé par la loi n'aurait pas été suffisant à l'héritier pour s'instruire des forces de la succession, le

---

[1] *V.* art. 797, C. civ., et l'art. 174, Cod. proc., qui en forme le complément nécessaire.

Art. 797 : « Pendant la durée des « délais pour faire inventaire et pour « délibérer, l'héritier ne peut être con- « traint à prendre qualité, et il ne peut « être obtenu contre lui de condamna- « tion : s'il renonce lorsque les délais « sont expirés ou avant, les frais par « lui faits légitimement jusqu'à cette « époque sont à la charge de la suc- « cession. »

Art. 174 : « L'héritier, la veuve, la « femme divorcée ou séparée de biens, « assignée comme commune, auront « trois mois, du jour de l'ouverture de « la succession ou dissolution de la « communauté, pour faire inventaire, « et quarante jours pour délibérer : si « l'inventaire a été fait avant les trois « mois, le délai de quarante jours com- « mencera du jour qu'il aura été para- « chevé. — S'ils justifient que l'inven- « taire n'a pu être fait dans les trois « mois, il leur sera accordé un délai « convenable pour le faire, et quarante « jours pour délibérer; ce qui sera réglé « sommairement. — L'héritier conserve « néanmoins, après l'expiration des « délais ci-dessus accordés, la faculté « de faire encore inventaire et de se « porter héritier bénéficiaire, s'il n'a « pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou « s'il n'existe pas contre lui de juge- « ment passé en force de chose jugée « qui le condamne en qualité d'héritier « pur et simple. »

juge pourrait, selon sa prudence, accorder à l'héritier un nouveau délai [1]. Même, sans cela, les choses ne se traitent pas tellement à la rigueur, que le juge ne puisse encore accorder à l'héritier quelque court délai, en continuant la cause à huitaine ou à un autre temps, pendant lequel l'héritier sera tenu de prendre qualité précise, sinon sera fait droit sur la demande donnée contre lui. Mais les frais de ces continuations doivent être portés par l'héritier qui est en retard et en faute de n'avoir pas pris qualité dans le temps qui lui est prescrit par la loi [2].

Enfin, lorsque l'héritier persévère à ne point prendre de qualité, le juge, s'il trouve la demande du créancier ou légataire bien fondée, condamne cet héritier à payer ce qui lui est demandé, comme s'il avait effectivement accepté la succession.

Cette condamnation n'est pas irréparable, lorsqu'elle n'est pas prononcée par des juges souverains ou en dernier ressort; car l'héritier présomptif ainsi condamné, peut appeler de la sentence, et en rapportant, sur l'appel, sa renonciation à la succession, il fera infirmer la sentence, et prononcer l'absolution de la demande donnée contre lui; mais il doit être, en ce cas, condamné en tous les dépens faits jusqu'au jour du rapport de sa renonciation, parce qu'il y a donné lieu par son retard à satisfaire à l'obligation où il était de prendre qualité dans le délai que la loi lui a prescrit pour cela.

L'héritier est ainsi toujours à temps de rapporter sa renonciation à la succession, et de se faire en conséquence absoudre des demandes données contre lui, en qualité d'héritier, jusqu'à ce qu'il ait été condamné par un arrêt ou jugement en dernier ressort contre lequel il n'y ait plus de voie d'appel ni d'opposition.

L'héritier ainsi condamné en qualité d'héritier envers un créancier et légataire, par un jugement souverain ou en dernier ressort, est bien obligé, à cause de l'autorité de la chose jugée, à payer les sommes auxquelles il est condamné; mais il ne devient pas héritier pour cela, car il ne peut pas être héritier, sans avoir voulu l'être, selon notre règle de droit coutumier, *il n'est héritier qui ne veut.*

C'est pourquoi cette condamnation n'empêchera pas cet héritier de renoncer valablement à la succession par la suite, vis-à-vis des autres créanciers et légataires qui ne pourront pas lui opposer l'arrêt de condamnation qui a été rendu contre lui en qualité d'héritier, parce qu'ils n'étaient point parties en cet arrêt, et que c'est un principe de droit qu'un jugement ne fait loi qu'entre les parties entre lesquelles il a été rendu [1], *res inter alios judicata aliis nec*

---

[1] *V.* art. 798, C. civ.

Art. 798 : « Après l'expiration des « délais ci-dessus (*V.* art. 795, C. civ., « p. 147, note 2), l'héritier, en cas de « poursuite dirigée contre lui, peut de- « mander un nouveau délai, que le tri- « bunal saisi de la contestation accorde « ou refuse suivant les circonstances.»

[2] *V.* art. 799, C. civ.

Art. 799 : « Les frais de poursuite, « dans le cas de l'article précédent, « (*V.* note ci-dessus), sont à la char- « ge de la succession, si l'héritier « justifie, ou qu'il n'avait pas eu « connaissance du décès, ou que les « délais ont été insuffisants, soit à « raison de la situation des biens, soit « à raison des contestations survenues : « s'il n'en justifie pas, les frais restent « à sa charge personnelle.»

[1] Pothier adopte pour ce cas une décision entièrement conforme aux principes généraux sur l'autorité de la chose jugée.

L'art. 800, C. civ., qui prévoit la même hypothèse, a donné naissance à divers systèmes qu'il serait trop long de rapporter ici, le plus sûr est peut-être de s'en tenir à la règle générale, la dérogation n'étant point assez formelle.

Art. 800 : « L'héritier conserve « néanmoins, après l'expiration des dé- « lais accordés par l'art. 795 (*V.* ci-dessus, p. 147, note 2), même de ceux don-

prodest nec nocet. ff. *Passim, tit. de Re judic. et tit. de Exceptione rei judic.*

CHAPITRE IV.

Du partage des successions et des rapports qui s'y font.

ART. Ier. — De l'action de partage.

Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers des mêmes biens, ces héritiers en sont saisis chacun pour leur portion indivise; ils en deviennent propriétaires et possesseurs chacun pour leur portion indivise, ce qui forme entre eux une communauté de biens.

Cette communauté de biens qui aurait convenu aux hommes dans l'état d'innocence, ne convient pas, au moins pour toujours, aux hommes tels qu'ils sont aujourd'hui; il faut, pour entretenir la paix entre les hommes tels qu'ils sont, que chacun ait le sien séparément; c'est ce qui est établi par l'expérience et l'exemple de tous les siècles. Dès le commencement du monde, les enfants de nos premiers pères ne sont point demeurés en communauté de biens, et ont partagé la terre entre eux, et successivement d'âge en âge, leurs enfants ont fait la même chose : c'est pourquoi la communauté de biens est un état qui, par sa nature, n'est pas durable; elle exige un partage par lequel les parties entre lesquelles elle est, en puissent sortir.

De ces principes naît l'*action de partage*, qui est l'action que chacun des cohéritiers a contre ses cohéritiers pour les obliger à partager les biens qui sont communs entre eux [1].

§ Ier. *En quel cas a lieu le partage?*

Il y a lieu à l'action de partage entre les cohéritiers et leurs successeurs, tant que les biens de la succession, ou partie d'iceux, se trouvent être par eux possédés en commun.

Il y a lieu à cette action, quelque temps qu'il y ait qu'ils possèdent et jouissent en commun; car, tant qu'ils jouissent et possèdent en commun, l'action de partage ne se peut prescrire, parce qu'il est de la nature même de cette communauté d'exiger le partage, comme nous l'avons vu ci-dessus, et que, par la nature même de l'indivis, ils ne jouissent et possèdent en commun par indivis, qu'à la charge du partage, et en attendant le partage; ne pouvant pas y avoir de communauté à toujours.

Il y a lieu à l'action de partage, quand même les cohéritiers seraient convenus entre eux qu'ils ne pourraient jamais se provoquer à partage; car cette convention étant contraire à la nature de la communauté de biens, ne peut

---

« nés par le juge, conformément à l'art. « 798 (*V.* ci-dessus, p. 149, note 1), la « faculté de faire encore inventaire et « de se porter héritier bénéficiaire, s'il « n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, « ou s'il n'existe pas contre lui de ju- « gement passé en force de chose ju- « gée, qui le condamne en qualité d'hé- « ritier pur et simple. »

[1] *V.* art. 815, C. civ. Art. 815 : « Nul ne peut être con- « traint à demeurer dans l'indivision; « et le partage peut être toujours pro- « voqué nonobstant prohibitions et con- « ventions contraires. — On peut ce- « pendant convenir de suspendre le « partage pendant un temps limité : « cette convention ne peut être obli- « gatoire au delà de cinq ans; mais elle « peut être renouvelée. »

être valable. *Si conveniat ne omninò divisi fiat; hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est.* L. 14, § 2, ff. *Comm. divid.* De là cette règle de droit : *Nulla societatis in æternum coitio est.* L. 70, ff. *Pro socio.*

Par la même raison, quand même le défunt aurait défendu, par son testament, à ses héritiers de partager ses biens, quand même il les aurait institués ses héritiers à la charge de ne les point partager, cette volonté du testateur, comme contraire à la nature de la communauté de biens, qui ne peut être à toujours, ne devrait pas être suivie, et il ne laisserait pas d'y avoir lieu à l'action de partage.

On peut cependant valablement convenir de différer le partage jusqu'à un certain temps, pourvu qu'une raison d'utilité exige ce retard. Ainsi, (*d.*, L. 14, § 2, ff. *Comm. divid.*), si le testateur n'a pas défendu absolument le partage de ses biens, mais s'est contenté d'ordonner qu'il fût différé jusqu'à un certain temps, « *putà* jusqu'à la majorité de l'un de ses enfants, » cette disposition de sa volonté doit être suivie ; la raison est que cette convention des parties, cette volonté du défunt, qui ne tend point à rendre perpétuelle la communauté des biens qui est entre les cohéritiers, mais seulement à en remettre le partage à un temps favorable, n'a rien de contraire à la nature de la communauté de biens, et qu'il est même souvent de l'intérêt commun que le partage se fasse dans un temps plutôt que dans un autre.

Dans le cas d'une pareille convention entre les cohéritiers, ou d'une pareille ordonnance de dernière volonté de la part du défunt, il n'y aura donc pas lieu à l'action de partage jusqu'au temps auquel il a plu de le différer, et si l'un des héritiers donne la demande à fin de partage, les autres pourront, par une exception dilatoire résultant de la convention des parties ou de la disposition du testateur, arrêter l'effet de cette action, jusqu'au temps prescrit [1].

Cette convention, cette ordonnance de dernière volonté, diffèrent bien l'action pour un partage définitif jusqu'au temps auquel il a plu de différer ; mais je ne penserais pas qu'elles pussent empêcher l'un des cohéritiers qui se lasserait de jouir en commun, de demander qu'il fût fait, jusqu'à ce temps, un partage provisionnel des biens de la succession, à l'effet que chacun pût jouir séparément, jusqu'à ce temps, de la part qui lui écherrait.

Il ne doit, néanmoins, y avoir lieu à cette demande qu'au cas où il y aurait un temps un peu considérable à attendre jusqu'à celui auquel pourra se faire le partage définitif ; car, s'il y avait peu de temps à attendre, on ne devrait pas engager les parties dans les frais d'un partage provisionnel.

Il y a lieu à l'action de partage, non-seulement lorsque les cohéritiers se trouvent posséder et jouir en commun des biens de la succession, mais même lorsque chacun d'eux se trouve jouir séparément de différents héritages de la succession, ou lorsque l'un d'eux se trouve seul posséder le total, tant qu'on ne rapporte pas aucun acte prescrit par lequel ils aient partagé, car ils sont censés posséder ainsi les uns pour les autres, et à la charge de s'en rendre compte respectivement.

Si, néanmoins, cette jouissance et possession séparée durait depuis trente ans ou plus, et que cela se pût prouver, soit par témoins, soit par écrit, comme par des baux qu'ils auraient faits chacun séparément des héritages qu'ils possèdent séparément ; en ce cas, ces cohéritiers pourraient se mainte-

---

[1] *V.* art. 815, C. civ., note précédente : Pothier, reconnaît comme valable, non-seulement la convention de différer le partage pendant un temps limité, mais aussi la prohibition faite par le défunt, ayant le même objet. Il ne paraît pas que les rédacteurs du Code aient voulu complétement reproduire cette doctrine, car dans l'exception, ils ne parlent que de la convention, ce qui paraît exclure le droit de prohibition.

nir dans cette possession séparée, contre l'action de partage qui serait intentée contre eux, par la prescription de trente ans[1].

En ce cas l'action de partage est sujette à la prescription de trente ans comme toutes les autres actions. Le laps de temps fait présumer qu'il y a eu un partage, et que l'acte a pu s'égarer.

Au surplus, cette prescription de trente ans, en ce cas, comme dans tous les autres, ne court point contre les mineurs pendant leur minorité.

§ II. *Quelles personnes peuvent provoquer à partage et y être provoquées.*

Il n'y a que les héritiers majeurs qui puissent provoquer leurs cohéritiers à un partage définitif d'une succession dans laquelle il y a des immeubles; les mineurs, ni leurs tuteurs pour eux, ne le peuvent[2]. *V.* la loi 7, ff. *de Reb. eorum qui sub tut. vel curat*, et la coutume de Bourges, tit. *des Partages*.

La raison est que le partage restreignant aux seuls effets qui échoient au lot du cohéritier le droit qu'il avait auparavant sur tous les effets de la succession, est une espèce d'aliénation du droit qu'il avait sur les autres effets: or, tous actes qui contiennent une aliénation des immeubles des mineurs, ou qui y ressemblent, leur sont interdits, et à leurs tuteurs; d'où il suit que la demande en partage définitif qui tend à une espèce d'aliénation des immeubles du mineur, ou, du moins, à quelque chose qui lui ressemble, ne peut lui être permise, ni à son tuteur.

Quoique le mineur soit émancipé, il n'a pas le droit de donner une demande à fin de partage définitif d'une succession dans laquelle il y a des immeubles; car l'émancipation ne lui donne que le droit d'administrer ses biens, et ne le rend pas habile aux actes qui tendent à l'aliénation de ses immeubles ou à quelque chose qui y ressemble, telle qu'est la demande à fin de partage définitif[3], suivant que nous l'avons vu.

Mais rien n'empêche qu'un mineur, avec l'autorité de son tuteur, ou curateur, ou son tuteur pour lui, puisse demander le partage définitif des effets mobiliers d'une succession, et un partage provisionnel des immeubles[4].

---

[1] *V.* art. 816, C. civ.

Art. 816 : « Le partage peut être de- « mandé, même quand l'un des cohé- « ritiers aurait joui séparément de « partie des biens de la succession, s'il « n'y a eu un acte de partage, ou pos- « session suffisante pour acquérir la « prescription.»

[2] *V.* art. 817 et 465, C. civ.

Art. 817 : « L'action en partage, à « l'égard des cohéritiers mineurs ou « interdits, peut être exercée par leurs « tuteurs, spécialement autorisés par « un conseil de famille.—A l'égard des « cohéritiers absents, l'action appar- « tient aux parents envoyés en pos- « session.»

Art. 465 : « L'autorisation du con- « seil de famille sera nécessaire au tu- « teur pour provoquer un partage; « mais il pourra, sans cette autorisa- « tion, répondre à une demande en par- « tage dirigée contre le mineur. »

[3] *V.* art. 484, C. civ.

Art. 484 : « Le mineur (émancipé) « ne pourra vendre ni aliéner ses im- « meubles, ni faire aucun acte autre que « ceux de pure administration, sans ob- « server les formes prescrites au mineur « non émancipé.—A l'égard des obliga- « tions qu'il aurait contractées par voie « d'achats ou autrement, elles seront « réductibles en cas d'excès : les tri- « bunaux prendront, à ce sujet, en « considération la fortune du mineur, « la bonne ou mauvaise foi des per- « sonnes qui auront contracté avec lui, « l'utilité ou l'inutilité des dépenses.»

[4] *V.* art. 466, *in fine*, et 840, *in fine*.

Art. 466 : « Pour obtenir à l'égard « du mineur tout l'effet qu'il aurait en- « tre majeurs, le partage devra être « fait en justice, et précédé d'une esti- « mation faite par experts nommés par « le tribunal de première instance du « lieu de l'ouverture de la successsion.

Le pouvoir des curateurs des insensés et prodigues ne s'étendant pas non plus à tout ce qui tend et ressemble à une aliénation des immeubles de ceux qui sont sous leur curatelle, il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas plus que les tuteurs donner l'action pour un partage définitif des immeubles d'une succession échue à ceux qui sont sous leur curatelle; mais ils peuvent la donner pour le partage des meubles, et pour un partage provisionnel des immeubles.

Quoique ces personnes ne puissent pas provoquer leurs cohéritiers à un partage définitif des immeubles d'une succession, elles peuvent, néanmoins, y être provoquées par leurs cohéritiers majeurs; un cohéritier majeur et usant de ses droits, peut valablement provoquer un partage définitif des immeubles ses cohéritiers mineurs ou interdits en la personne de leurs tuteurs et curateurs, et y procéder valablement avec eux. La raison de différence est que le partage de la part de celui qui le demande tient de l'aliénation volontaire, puisqu'il ne tenait qu'à lui de ne pas le demander; mais de la part du cohéritier qui est provoqué à partage, le partage ne peut être considéré que comme une aliénation nécessaire, puisqu'il ne dépend pas de lui d'y être ou de n'y pas être provoqué; or, il n'y a que les aliénations volontaires qui soient interdites aux mineurs et aux interdits, la loi n'empêche point celles qui sont nécessaires; d'où il suit qu'ils peuvent être provoqués à partage, quoiqu'ils n'y puissent pas provoquer, d'autant plus que le cohéritier ne doit pas souffrir de la condition de son cohéritier mineur, et être privé du droit qu'il a de demander le partage[1]. L. 17, Cod. *de Prædiis et aliis reb. min.*

Un mari peut, sans sa femme, provoquer les cohéritiers de sa femme au partage des meubles de la succession échue à sa femme, et y être provoqué; car il est le seigneur des actions mobilières de sa femme.

Il peut aussi, sans elle, partager provisionnellement les immeubles desdites successions, car la jouissance des propres de sa femme lui appartient[2].

Mais il ne peut, sans sa femme, provoquer à un partage définitif des immeubles des successions échues à sa femme, et les cohéritiers de sa femme ne peuvent pareillement donner la demande pour le partage définitif contre lui seul, ils doivent assigner la femme avec lui; car il n'est pas seigneur des actions immobilières de sa femme, c'est pourquoi il ne peut pas les intenter ni y défendre sans sa femme.

« — Les experts, après avoir prêté, de« vant le président du même tribunal « ou autre juge par lui délégué, le ser« ment de bien et fidèlement remplir « leur mission, procéderont à la divi« sion des héritages et à la formation « des lots, qui seront tirés au sort, et « en présence soit d'un membre du tri« bunal, soit d'un notaire par lui com« mis, lequel fera la délivrance des lots. « — Tout autre partage ne sera consi« déré que comme provisionnel. »

Art. 840 : « Les partages faits confor« mément aux règles par les art. 823 et « suiv. prescrites, soit par les tuteurs, « avec l'autorisation d'un conseil de fa« mille, soit par les mineurs émancipés « assistés de leurs curateurs, soit au nom « des absents ou non présents, sont « définitifs : ils ne sont que provision« nels, si les règles prescrites n'ont « pas été observées. »

[1] *V.* art. 465, C. civ., ci-dessus, p. 152, note 2.

[2] *V.* art. 818, C. civ., qui consacre les mêmes principes.

Art. 818 : « Le mari peut, sans le « concours de sa femme, provoquer le « partage des objets meubles ou im« meubles à elle échus qui tombent dans « la communauté : à l'égard des objets « qui ne tombent pas en communauté, « le mari ne peut en provoquer le par« tage sans le concours de sa femme; « il peut seulement, s'il a le droit de « jouir de ses biens, demander un par« tage provisionnel. — Les cohéritiers « de la femme ne peuvent provoquer « le partage définitif qu'en mettant en « cause le mari et la femme. »

Que si par une clause de son contrat de mariage, les successions qui écherraient à sa femme devaient tomber en sa communauté, le mari étant seul seigneur, pendant le mariage, de tous les droits de sa communauté, il pourrait, sans sa femme, partager ces successions, intenter l'action de partage, et y défendre sans elle.

Cela a lieu, quand même il y aurait clause par le contrat de mariage « que la femme pourrait, en cas de renonciation, reprendre tout ce qui serait entré en communauté à cause d'elle »; car, comme nous l'avons vu au *Traité de la communauté*, cette clause ne prive point le mari de disposer librement, seul et à son gré, de tout ce que sa femme a fait entrer en sa communauté, et la femme, en cas de renonciation, ne peut révoquer les dispositions que son mari en a faites, mais peut seulement demander à la succession de son mari l'estimation des choses qui sont entrées à cause d'elle en communauté, et ne se trouvent plus en nature dans la succession du mari.

Il n'est pas douteux que, non-seulement le cohéritier lui-même, mais aussi les héritiers de ce cohéritier et les autres successeurs peuvent provoquer au partage de la succession et y être provoqués.

§ III. *Quels sont les objets de l'action de partage?*

Le principal objet de l'action de partage est *le partage et division des biens de la succession.* Nous verrons dans un article particulier comment on procède à ce partage, et quelles sont les choses qui tombent en partage ou non.

Les *rapports* que les héritiers doivent faire au partage font aussi un des objets de l'action de partage. Nous en traiterons aussi dans des articles particuliers.

Enfin les *prestations personnelles* auxquelles les cohéritiers sont obligés respectivement les uns avec les autres, font le troisième objet de l'action de partage.

La première espèce de ces prestations personnelles est pour raison de ce que l'un des cohéritiers a reçu à l'occasion de sa succession, soit des débiteurs de la succession, des fermiers et locataires des biens de la succession, de la vente des effets de la succession, soit pour quelque autre cause que ce soit; en ce cas, chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part dont il est héritier, de lui demander sa part dans ce qu'il a reçu.

Que si cet héritier qui a reçu quelques sommes de quelques débiteurs ou fermiers de la succession, avait déclaré qu'il n'entendait recevoir que la part qui lui appartenait dans cette dette active ou dans cette ferme, et que la somme par lui reçue ne montât effectivement qu'à la part qu'il y avait; ses cohéritiers, en ce cas, n'auraient pas droit de lui demander qu'il leur fît part de ce qu'il a reçu, sauf à eux de se faire pareillement payer comme ils pourront par ce débiteur ou fermier de la succession pour les parts qui leur appartiennent; et si ce débiteur ou fermier devient insolvable, ils s'imputeront de n'avoir pas été aussi vigilants que leur cohéritier [1], c'est ce qui résulte de la loi 38, ff. *Fam. ercisc.*

La seconde espèce de prestation personnelle est pour raison de ce que l'un des héritiers devait au défunt, ou doit à sa succession, il en confond sur lui

[1] C'est la conséquence de la division des actions opérées par la loi elle-même, art. 1220, C. civ.

Art. 1220 : « L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur « comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne « sont tenus de la payer que pour les « parts dont ils sont saisis ou dont ils « sont tenus comme représentant le « créancier ou le débiteur. »

une part pour la part dont il est héritier, et il est tenu de payer le surplus à ses cohéritiers, qui ont chacun, pour la part dont il est héritier, droit de la demander par cette action de partage.

La troisième espèce de prestation personnelle est pour raison des dommages et dégradations que l'un des cohéritiers a causés par sa faute, dans les biens de la succession; chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part qu'il a en la succession, de demander qu'il l'en indemnise.

L'héritier est tenu à cet égard *de culpâ* et non *de levissimâ*, L. 25, § 16, ff. *Fam. ercisc.*

La quatrième espèce de prestation personnelle est pour raison de ce qu'il en a coûté à l'un des héritiers pour les affaires de la succession, il a droit de demander à ses cohéritiers qu'ils le remboursent chacun pour la part qu'ils ont en la succession. Il faut, pour cela, que la dépense qu'il a faite fût utile à la succession; car, s'il a fait une folle dépense, il ne doit point en avoir de répétition.

Au reste, il suffit que la dépense fût une dépense qui dût se faire lorsqu'il l'a faite, quoique par la suite, par quelque cas imprévu, la succession n'en ait pas profité, pour qu'il doive en être indemnisé par ses cohéritiers, chacun pour leur part. Par exemple, s'il a fait des réparations nécessaires à des bâtiments de la succession, quoique, par la suite et peu après, ces bâtiments aient été incendiés par le feu du ciel, ce qui a empêché la succession de profiter des réparations qui y avaient été faites, l'héritier qui les a faites ne devra pas moins en être indemnisé par ses cohéritiers.

Il ne doit non plus être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il a dû compter; et si, par sa faute, ou par son peu de savoir, et faute de se consulter, il lui en a coûté davantage qu'il n'en aurait coûté à un prudent père de famille, il n'a point de répétition de ce surplus.

On doit compter, parmi ce qu'il en a coûté à un héritier pour la succession, et dont ses cohéritiers lui doivent faire raison, les droits et actions qui lui appartenaient de son chef, et qu'il a perdus à cause de la succession. Par exemple, si le défunt avait vendu comme chose à lui appartenante un héritage appartenant à Pierre, qui depuis est devenu l'un de ses héritiers; Pierre, en acceptant la succession du vendeur de son héritage, perd le droit qu'il avait de le revendiquer contre l'acheteur, envers qui, comme héritier du vendeur, il devient obligé à la garantie; ses cohéritiers doivent le rembourser, chacun pour leur part, de ce que vaut ce droit de revendication qu'il perd; car la succession en profite, se trouvant par là libérée de l'action en garantie que l'acheteur aurait exercée contre la succession, si Pierre eût pu exercer contre cet acheteur son action de revendication.

Voy. sur ces prestations toute la seconde section de la troisième partie des titres *Fam. ercisc. et Com. divid.* de mes Pandectes. Il y a dans ces titres plusieurs choses qui, n'étant fondées que sur la subtile distinction des différentes espèces d'actions qui avaient lieu chez les Romains, ne sont point de nos usages, et que j'ai omises pour cette raison.

ART. II. — Des rapports auxquels sont obligés les enfants qui viennent à la succession de leurs ascendants.

Les *rapports* sont un des objets des partages, car, auparavant que de partager les biens d'une succession, les copartageants qui sont obligés à quelques rapports, doivent le faire en faisant ajouter réellement, ou par fiction, les choses qu'il sont tenus de rapporter à la masse des biens de la succession qui doivent être partagés.

§ Ier. *Des différentes classes des coutumes touchant le rapport, auquel sont obligés les enfants, des avantages qui leur ont été faits, et quel est le droit général sur cette matière.*

Nous n'entrerons point dans le détail de toutes les différences qui se trouvent sur cette matière entre les différentes coutumes.

Nous nous contenterons de remarquer trois principales classes de coutumes.

Celles de la première classe, qui sont en petit nombre, telles que Berry, Bourbonnais, Nivernais, permettent aux père et mère de donner entre-vifs à leurs enfants, sans charge de rapport de ce qu'ils leur ont donné, lorsqu'ils viendront à leur succession.

Celles de la seconde classe, qu'on appelle *coutumes d'égalité*, obligent les enfants de rapporter à la succession de leurs père et mère tout ce qui leur a été donné, quand même ils renonceraient à leur succession. Telle est la coutume de Dunois entre toutes personnes, celles de Touraine, Anjou, le Maine à l'égard des non-nobles.

Celles de la troisième classe, qui font la plus grande partie des coutumes, et du nombre desquelles sont celles de Paris et d'Orléans, obligent les enfants au rapport de tout ce qui leur a été donné par leur père ou mère, lorsqu'ils viennent à leur succession, mais elles leur permettent de le garder, en renonçant à la succession [1].

Dans cette variété de coutumes, il faut suivre celle du lieu où les héritages donnés sont situés; par exemple, si un Orléanais a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans le Dunois, l'enfant donataire ne pourra pas le garder en renonçant à la succession, parce que la coutume de Dunois, dans laquelle l'héritage est situé, oblige l'enfant au rapport, même en cas de renonciation, et la coutume d'Orléans dans laquelle la succession est ouverte ne sera pas à cet égard suivie; *vice versâ* si un Dunois a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans la coutume d'Orléans, cet enfant pourra, nonobstant la coutume de Dunois, garder cet héritage, en renonçant à la succession, parce que la coutume d'Orléans où l'héritage est situé le permet.

Nous nous attacherons principalement à expliquer la matière du rapport conformément aux principes de la coutume de Paris qui sont le droit le plus général du pays coutumier, et que notre coutume a adopté.

Le principe sur cette matière se trouve dans l'art. 303 de cette coutume. *Père et mère ne peuvent par donation faite entre-vifs, par testament et ordonnance de dernière volonté, ou autrement, en manière quelconque, avantager leurs enfants venant à leur succession, l'un plus que l'autre* [2].

La conséquence de ce principe est l'article suivant, *les enfants venant à la*

---

[1] *V.* art. 843, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 4.

[2] Le Code permet, au contraire, d'avantager même un des enfants, au préjudice de tous les autres, jusqu'à concurrence de la quotité disponible. *V.* art. 844 et 919, C. civ.

Art. 844 : « Dans le cas même où les « dons et legs auraient été faits par préciput ou avec dispense du rapport, « l'héritier venant à partage ne peut « les retenir que jusqu'à concurrence « de la quotité disponible : l'excédant « est sujet à rapport. »

Art. 919 : « La quotité disponible « pourra être donnée en tout ou en « partie, soit par acte entre-vifs, soit « par testament, aux enfants ou autres « successibles du donateur, sans être « sujette au rapport ou par le donataire « ou le légataire venant à la succession, « pourvu que la disposition ait été faite « expressément à titre de préciput ou « hors part.—La déclaration que le don « ou le legs est à titre de préciput ou « hors part, pourra être faite, soit par « l'acte qui contiendra la disposition, « soit postérieurement dans la forme « des dispositions entre-vifs ou testamentaires. »

succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné pour, avec les autres biens de ladite succession, être mis en partage entre eux, ou moins prendre.

Nous allons expliquer ceci dans les paragraphes suivants.

§ II. *Quels avantages sont sujets à rapport?*

La coutume par ces termes : *en manière quelconque*, assujettit au rapport tous les avantages tant directs qu'indirects, faits par les père, mère ou autres ascendants à leurs enfants [1].

C'est un avantage indirect qu'un père fait à l'un de ses enfants, lorsqu'il donne quelque chose à une tierce personne interposée pour la rendre à cet enfant.

L'enfant est tenu au rapport de la chose que lui a rendue la tierce personne, à qui elle avait été donnée, non-seulement lorsque la charge de la lui rendre se trouve exprimée ou dans la donation même faite à cette tierce personne, ou dans quelque contre-lettre, par laquelle cette tierce personne se serait obligée de rendre la chose à l'enfant, auxquels cas, il est sans difficulté que la donation faite à la tierce personne, est indirectement faite à l'enfant, mais même dans le cas auquel il n'y aurait aucun acte par écrit qui assurerait que la donation faite à la tierce personne lui a été faite à la charge de rendre à l'enfant; si les circonstances le persuadent, il faudra pareillement décider que l'enfant sera sujet au rapport de cette chose. Ces circonstances peuvent se tirer ou de la proximité du temps de la donation faite à la tierce personne, et de celle que la tierce personne a faite au fils du donateur, ou de la qualité des personnes; si cette donation a été faite à un praticien qui n'aurait point mérité, par aucuns services, cette donation qui lui en a été faite, on en conclura que c'est une invention de ce praticien pour couvrir par l'interposition de sa personne la donation que le père voulait faire à son fils. Il peut se rencontrer beaucoup d'autres circonstances semblables qui doivent faire facilement présumer l'interposition de personnes [2].

On appelle aussi *avantages indirects* tous les actes qui, étant passés entre le père et l'un de ses enfants sous un autre nom que celui de donation, renferment néanmoins un avantage au profit de l'enfant. Ces avantages sont pareillement sujets à rapport.

Par exemple, si un père a vendu à son fils un héritage pour un prix au-dessous de sa juste valeur, cet acte, quoique conçu sous la forme de vente, renferme un avantage indirect au profit du fils, qui profite de ce que l'héritage vaut de plus que le prix pour lequel il a été vendu, et par conséquent oblige le fils au rapport [3].

De là naît une question de savoir si l'avantage tombe sur l'héritage même,

---

[1] *V.* art. 843, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 4.

[2] Pothier, n'hésite pas à considérer comme avantage indirect, et par conséquent sujet à rapport, ce qui a été donné à une tierce personne, pour être rendu à l'enfant; en effet, pareille libéralité était, d'après l'art. 303 de la coutume, une véritable fraude, on devait donc autoriser les recherches contre de semblables voies détournées, et assujettir au rapport tout ce qui était ainsi arrivé à l'enfant. Mais aujourd'hui la libéralité est permise dans les limites de la quotité disponible, si donc le défunt a respecté la réserve, on ne voit pas pourquoi il n'aurait pas pu faire indirectement ce qu'il lui était permis de faire directement; mais, dira-t-on, le défunt devait clairement manifester son intention de dispenser du rapport? oui, sans doute : mais cette intention n'est-elle pas suffisamment manifestée par l'emploi seul de cette voie détournée?

[3] Dans ce cas, le père vendeur a laissé subsister des traces évidentes de sa libéralité. Ce n'est point le titre d'un acte, mais sa nature qu'il faut considérer.

ou sur ce qui manque du juste prix, et en conséquence, si l'enfant est obligé au rapport de l'héritage, ou seulement au rapport de ce qui manque du juste prix? — Il paraît que sur cette question, dans une espèce toute semblable, les jurisconsultes romains ont été de trois avis différents.— Lorsqu'un mari à qui il n'était pas permis par les lois romaines de donner à sa femme, lui avait vendu une chose au-dessous de sa juste valeur, Julien qui était de l'école des Sabiniens, pensait que cette vente était absolument nulle, comme étant faite pour couvrir une donation prohibée, et qu'en conséquence, le mari avait la répétition de la chose vendue, en rendant le prix qu'il avait reçu,—Nératius qui était Proculéien, selon le génie de ceux de cette école, recherchait plus scrupuleusement l'intention du mari, il admettait l'opinion de Julien dans le cas où il n'avait pas eu le dessein de se défaire et de vendre cette chose, et ne l'aurait vendue à sa femme que pour couvrir l'avantage qu'il voulait lui faire; mais, dans le cas où il aurait eu effectivement intention de la vendre, *putà* s'il l'avait proposée à d'autres à vendre; il prétendait que la donation ne tombait que sur la somme qu'il lui avait remise du juste prix, et qu'il n'avait que la répétition de cette somme. Ces deux opinions sont rapportées dans la Loi 5, § 5, ff. *de Donatione inter virum et uxorem*.— Pomponius propose un troisième avis qui est d'annuler la vente, non pour le total, mais à proportion de ce qui a été remis du juste prix. Par exemple, si la chose a été vendue pour la moitié du prix qu'elle valait, il pense que la femme doit rendre la moitié de la chose qui lui a été vendue. L. 31, § 3, ff. *eod. tit.*

Le sentiment de Neratius me paraît plus exact dans la théorie, mais je pense que dans la pratique on doit suivre celui de Julien et qu'on doit assujettir indistinctement l'enfant au rapport de l'héritage même, lorsque son père lui a vendu au-dessous de sa juste valeur, la vente devant toujours en ce cas, être regardée comme une donation déguisée sous la forme de vente; ce serait donner matière à trop de discussions et de procès, que de rechercher si le père avait eu effectivement intention de vendre cet héritage; il ne serait pas facile de la découvrir, et il pourrait arriver très souvent que le père eût fait afficher cet héritage à vendre, sans en avoir aucune intention pour cela, mais pour mieux couvrir l'avantage qu'il voulait faire à son fils.

Tous les autres actes de quelqu'espèce qu'ils soient, qui contiennent quelque avantage, de la part d'un père ou d'une mère, au profit de quelqu'un de ses enfants, oblige cet enfant au rapport.

Par exemple, si, par une transaction sur un compte de tutelle, un père se rend débiteur envers son fils, d'une plus grosse somme qu'il ne lui doit effectivement, c'est un avantage sujet à rapport.

Si par un partage qu'un père fait d'une première communauté avec ses enfants d'un premier lit, il omet d'exercer des reprises qu'il avait droit d'exercer, ou souffre que ses enfants en exercent qu'ils n'avaient pas droit d'exercer, s'il porte à un trop haut prix les récompenses qu'il devait à la communauté pour raison des améliorations faites sur ses héritages propres, ou qu'il porte à un trop bas prix celles faites sur les héritages propres de ses enfants, les enfants du premier lit à qui il fait ces avantages, sont obligés d'en faire rapport aux enfants du second lit.

Une décharge qu'un père donne du compte que lui doit l'un de ses enfants de la gestion de ses affaires peut aussi être un avantage indirect; c'est pourquoi, après la mort du père, les frères et sœurs de cet enfant peuvent demander qu'il rende le compte qu'il devait, et si, par ce compte, il se trouvait débiteur, la décharge qui lui a été donnée est un vrai avantage indirect, une vraie donation que son père lui a faite de la somme du reliquat de ce compte dont son père était son créancier, et il est, par conséquent, obligé au rapport de cette somme.

Pareillement la quittance qu'un père a donnée à son fils d'une somme qu'il lui devait, passera pour une remise et un avantage sujet à rapport, s'il y a des

circonstances assez fortes pour qu'il en résulte une preuve que cette somme n'a pas été payée. C'est ce qui a été jugé par l'Arrêt du 12 février 1682, rapporté par Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, n° 14), qui a déclaré nulle la quittance du prix d'une charge.

La quittance que le père avait donnée à son fils d'une somme de 119000 liv. pour le prix de sa charge de conseiller à la Cour des aides, s'étant trouvée en la possession du père lors de sa mort, et attachée à son testament, fut jugée n'être pas sérieuse et contenir une remise du prix sujette à rapport.

A moins que les circonstances ne soient extrêmement fortes, la cause se doit décider par le serment de l'enfant s'il a payé effectivement.

On a poussé si loin l'exactitude des rapports, qu'on a obligé l'enfant au rapport, non-seulement des sommes qui lui auraient été données, mais même de celles qui lui auraient été prêtées [1], même de celles qu'il aurait reçues pour prix d'une constitution de rente qu'il aurait constituée à son père ou à sa mère. On a jugé que ce serait un avantage indirect, si un père faisait, par ce moyen, passer son argent comptant à l'un de ses fils, pendant que les autres n'auraient à la place qu'une simple créance, ou une simple rente contre leur frère.

De là naît la décision de la question suivante : un père a prêté 12,000 livres à l'un de ses enfants, qui depuis a fait faillite, et a fait un contrat avec ses créanciers, par lequel tous les créanciers, du nombre desquels était le père, se sont restreints aux deux tiers de leurs créances payables dans certains temps, et lui ont fait remise de l'autre tiers : on demande si le fils doit rapporter à la succession de son père la somme entière de 12,000 livres ? La raison de douter est, qu'au moyen du contrat, il n'en doit plus que 8,000 livres, que la remise des 4,000 livres qui lui a été faite ne doit pas être sujette à rapport, n'étant pas une vraie donation que son père lui ait faite, puisque cette remise était forcée de la part de son père, qui était obligé de suivre le grand nombre de créanciers ; néanmoins il n'est pas douteux que le fils doit rapporter la somme entière de 12,000 livres, même sans attendre les termes du contrat d'atermoiement ; la raison est qu'il ne peut disconvenir que cette somme lui a été prêtée par son père, et que le rapport est dû des sommes prêtées également comme des sommes données.

Tous les actes d'un père ou d'une mère dont quelqu'un de leurs enfants ressent quelque avantage, ne sont pas avantages indirects sujets à rapport ; il n'y a que ceux par lesquels les père et mère font passer quelque chose de leurs biens à quelqu'un de leurs enfants par une voie couverte et indirecte. C'est ce qui résulte de l'idée même que renferme le terme de *rapport ;* car *rapporter* signifie remettre à la masse des biens du donateur quelque chose qui en est sorti ; on ne peut pas y remettre, y rapporter, ce qui n'en est point sorti ; donc il ne peut y avoir lieu au rapport que lorsqu'un père ou une mère ont fait sortir quelque chose de leurs biens qu'ils ont fait passer à quelqu'un de leurs enfants.

Suivant ces principes, lorsqu'un père commue en censive des héritages qu'il tenait en fief, quoique ses enfants puînés ressentent un avantage de cette commutation, puisqu'ils auront une plus grande portion dans ces héritages commués en censive, qu'ils n'auraient si ces héritages fussent demeurés en nature de fief ; néanmoins personne ne s'avisera de dire que cet avantage que ces puînés ressentent de cette commutation soit sujet à rapport envers leur aîné ; car leur père, par cette commutation, n'a fait qu'user de la liberté naturelle qu'il a de disposer de ses biens, et n'a rien fait passer de son bien à ses puînés ; c'est pourquoi il n'y a rien qu'ils puissent être obligés de rapporter.—*Vice versâ*, s'il avait commué en fief des héritages qu'il tenait en censive, en acquérant la censive

---

[1] *V.* art. 829, C. civ., *in fine.*
Art. 829 : « Chaque cohéritier fait « rapport à la masse, suivant les règles « établies (par les art. 843 à 868), des « dons qui lui ont été faits, *et des som- « mes dont il est débiteur.* »

dont ils relevaient, l'aîné ne sera point obligé au rapport de l'avantage qu'il ressentira dans la succession de cette commutation; car le père, par cette commutation, ne lui a rien fait passer de ses biens.

Lorsqu'un père, après la mort de sa seconde femme, demeure avec ses enfants du second lit en continuation de communauté, quoiqu'il fût de son intérêt de la dissoudre pour se ménager le total des acquisitions qu'il fera par un commerce florissant qu'il a, ou par l'accumulation de gros revenus; il est très évident qu'il fait un avantage en cela à ses enfants du second lit; mais, suivant notre principe, cet avantage n'est point sujet à rapport, car il ne fait rien passer à ses enfants de ce qui lui appartient; il manque seulement de ne pas acquérir pour le total les choses qu'il acquiert en commun avec eux.

Une mère appelée à une opulente succession de son frère unique, dans laquelle il y avait beaucoup de fiefs, pour favoriser ses enfants mâles, y renonce, ses enfants succédant de leur chef à leur oncle, les mâles excluent les filles de cette succession : les mâles seront-ils obligés de rapporter ces fiefs à la succession de leur mère? Lebrun (*ibid.*, n° 11) décide pour l'affirmative; il regarde la renonciation que la mère a faite à la succession de son frère comme un avantage indirect qu'elle a fait à ses enfants mâles des fiefs compris dans cette succession à laquelle elle a renoncé.—Il faut décider, au contraire, suivant le principe que nous avons ci-dessus établi, qu'il n'y a point lieu au rapport dans cette espèce; car, suivant ce principe, il ne peut y avoir lieu au rapport que des biens qui avaient appartenu à la mère, et qu'elle aurait fait passer à ses enfants mâles; mais dans cette espèce la mère, par cette renonciation, n'a rien fait passer de ses biens à ses enfants, les biens de la succession de son frère à laquelle elle a renoncé, ne lui ont jamais appartenu, au moyen de sa renonciation, et par conséquent, on ne peut pas dire qu'en renonçant à cette succession, elle ait fait passer à ses enfants quelque chose qui lui ait appartenu. Il est vrai qu'elle a eu droit à la succession de son frère; mais en renonçant à cette succession, elle n'a pas fait passer à ses enfants ce droit qu'elle avait; mais en renonçant, elle a abdiqué, elle a éteint ce droit qu'elle avait, et ses enfants ont succédé à leur oncle, non comme cessionnaires du droit de leur mère, non comme ayant le droit de leur mère, qu'elle leur aurait fait passer, mais ils y ont succédé de leur chef, en vertu d'un droit qui leur était propre, comme y étant directement appelés par la loi, sur le refus de leur mère qui les précédait en degré.

Si un père étant colégataire avec l'un de ses enfants d'un héritage qui leur a été légué, répudie son legs pour faire plaisir à son fils, il faut décider par le même principe, que la part de cet héritage qui accroît au fils par la répudiation du père, n'est point sujette à rapport, car le fils ne la tient point de son père, il la tient directement du testateur; le père n'a jamais eu aucune part dans l'héritage dont il a répudié le legs; on ne peut donc pas dire qu'il ait fait rien passer de ses biens à son fils, qui puisse être sujet à rapport.

Il y a beaucoup plus de difficulté dans la question suivante : une mère, pour favoriser les enfants de son premier mari, renonce à la communauté opulente de ce premier mari, les enfants du second lit pourront-ils demander aux enfants du premier le rapport de l'avantage qu'ils ont ressenti de cette renonciation de leur mère? J'avais pensé autrefois qu'il n'y avait pas lieu au rapport; je me fondais sur notre principe que les enfants ne peuvent devoir le rapport que des choses qui auraient appartenu à leur mère, et que leur mère leur aurait fait passer. La mère, par sa renonciation à la communauté, est réputée n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens de la communauté, et, par conséquent, la part dans les biens de la communauté n'ayant jamais appartenu à leur mère, n'étant point passée de leur mère à eux, ne peut, suivant notre principe, être sujette à rapport. — Je trouve beaucoup de difficulté à décider contre le rapport. On peut dire, au contraire, pour le rapport, que la femme avait un vrai droit en la communauté qui, par sa renonciation, a passé d'elle à ses enfants; que le mari, en contractant communauté avec sa femme, a contracté

l'obligation de lui accorder part dans tous les biens de la communauté lors de la dissolution, que ses biens sont passés à ses enfants, *cum eâ causâ* avec cette obligation, qu'il en résultait un droit au profit de la femme contre les enfants; que la femme, en renonçant à la communauté, leur a fait passer ce droit par la remise qu'elle leur en a faite, et que c'est par conséquent un avantage sujet à rapport, comme l'est celui qu'un père créancier de son fils ferait à son fils, en lui remettant ce qu'il lui doit. La femme qui renonce à la communauté ressemble en quelque façon à un associé en commandite qui abandonne sa part dans la société pour être quitte des dettes. Certainement si un père associé en commandite avec son fils lui abandonnait sa part dans une société manifestement opulente, on ne pourrait pas disconvenir que ce ne fût un avantage sujet à rapport ; on doit dire de même que l'abandon que fait la mère à ses enfants de sa part en une communauté avantageuse, par la renonciation qu'elle fait à la communauté, est un avantage sujet à rapport. Cette espèce-ci est bien différente de la précédente, lorsque le père colégataire d'un héritage avec son fils, répudie le legs, on ne peut pas dire qu'il fasse passer à son fils la remise d'un droit qui lui appartient; car on ne peut remettre qu'à son débiteur : ce n'était pas son fils, son colégataire, qui était son débiteur de l'héritage qui lui a été légué. Mais dans cette espèce-ci, les enfants sont comme débiteurs envers leur mère de sa part dans les biens de la communauté de leur père; en renonçant à la communauté, elle leur fait passer le droit qu'elle avait en leur en faisant remise.

Vice versà, est-ce un avantage sujet à rapport, lorsque la mère qui avait droit de demander à ses enfants du premier lit la reprise de son apport en la communauté de leur père, en renonçant à cette communauté, accepte cette communauté quoique mauvaise, pour les favoriser et les décharger de la restitution de cet apport? J'avais pensé sur cette question comme sur la précédente, qu'il n'y avait pas lieu au rapport, parce que la mère ne pouvant avoir le droit de reprendre son apport qu'au cas de renonciation à la communauté, n'y ayant pas renoncé, et l'ayant au contraire acceptée, elle n'avait jamais eu ce droit; que ne l'ayant jamais eu, on ne pouvait pas dire qu'elle en eût libéré ses enfants, qu'elle leur en eût fait passer la libération, et que, par conséquent, ne leur ayant fait passer aucune chose, il ne pouvait y avoir lieu au rapport. — Je trouve beaucoup de difficulté dans ce sentiment que j'avais embrassé. On peut dire, au contraire, que la femme a véritablement eu cette créance de reprise de son apport, quoiqu'elle dépendît de la condition de sa renonciation à la communauté qui n'a pas existé ; car cette condition étant une condition potestative, il ne tenait qu'à elle qu'elle existât, et, par conséquent, il ne tenait qu'à elle d'exercer cette reprise ; elle en avait donc le droit ; et c'est, en quelque façon, une remise qu'elle a faite de ce droit à ses enfants, en faisant volontairement manquer la condition par son acceptation à une communauté évidemment mauvaise. Cette question et la précédente me paraissent souffrir beaucoup de difficulté.

Lorsqu'un père a acheté, au nom et pour le compte de son fils, un héritage, et en a payé le prix de ses deniers, ce n'est pas l'héritage qui est sujet à rapport ; il n'a pas passé du père au fils, puisqu'il n'a jamais appartenu au père, ayant été acheté au nom du fils, le fils sera donc seulement tenu, en ce cas, au rapport du prix que le père a fourni pour l'acquisition.

Lorsqu'un père reçoit à titre de fief un héritage pour lui et pour toute sa postérité masculine, moyennant une somme de deniers d'entrée qu'il paie au seigneur, cette inféodation est une acquisition qu'il fait tant pour lui que pour sa postérité masculine après lui, la somme qu'il paie tourne au profit de ses enfants mâles, puisque c'est pour eux que l'acquisition est faite après la mort du père ; ils doivent donc le rapport à la succession de leur père, de cette somme qui a tourné à leur profit : c'est l'avis de Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, n° 19).

§ III. *Quelles choses sont exceptées de la loi du rapport, ou n'y sont pas comprises?*

Il y a certaines choses données par les père et mère à leurs enfants que les coutumes exceptent de l'obligation du rapport.

On peut dire en général que c'est tout ce qui leur est donné pour leur aliment et leur éducation. Notre coutume, art. 309, s'en explique ainsi : ***Les nourritures, entretènements, instructions et apprentissages d'enfants... ne se rapportent.***

Parmi les nourritures qui ne sont pas sujettes au rapport, il faut comprendre les frais des banquets de noces qu'un père fait pour le mariage de quelqu'un de ses enfants; la plupart des coutumes les exceptent de la loi du rapport en ces termes, ***frais de noces et banquets***, ce qui fait un droit commun[1].

Au contraire, la plupart des coutumes assujettissent au rapport ***les habits nuptiaux et trousseau.***

Les frais d'un équipage pour envoyer un enfant au service, font partie de l'entretènement, et ne sont point sujets au rapport, non plus que la dépense faite pour l'y entretenir. Plusieurs coutumes en ont aussi des dispositions.

Les frais d'instruction ne sont point aussi sujets au rapport. Parmi ces frais sont compris les pensions des enfants qu'on envoie au collége ou dans les universités pour étudier les facultés supérieures, les pensions de ceux qu'on envoie dans les académies pour apprendre à monter à cheval, les honoraires qu'on paie pour eux aux différents maîtres, les livres qui les instruisent dans les différents arts et sciences dans lesquels on les fait instruire; plusieurs coutumes en ont des dispositions particulières; ce qu'il faut entendre, néanmoins, pourvu qu'ils ne soient pas en trop grande quantité, car il n'est pas douteux que si un père donnait à son fils une bibliothèque considérable elle ne fût sujette à rapport[2].

Il y a une coutume qui veut même que les livres indistinctement soient sujets à rapport, lorsqu'ils sont encore en nature, lors de l'ouverture de la succession, mais elle est en cela singulière, et doit être restreinte à son territoire.

Les frais d'apprentissage ne sont point non plus sujets à rapport; plusieurs coutumes en exemptent aussi les frais des degrés jusqu'à la licence inclusivement, et elles sont un droit commun.

Au contraire, les coutumes y assujettissent les frais du doctorat, et les frais de maîtrise dans les arts mécaniques; car ces frais se font pour l'établissement de l'enfant plutôt que pour son instruction [3].

Par la même raison, ce qu'un père fournirait pour acheter une compagnie, doit être sujet à rapport.

Toutes ces choses que nous avons dit n'être point sujettes à rapport, ne le sont point, lorsqu'elles ont été fournies du vivant du défunt; mais le legs que le défunt aurait fait de ces choses à l'un de ses enfants, par exemple, s'il lui avait légué une pension alimentaire, s'il lui avait légué la somme qui lui serait nécessaire pour apprendre un métier, pour se mettre en apprentissage, pour le service, pour prendre des degrés, etc. il n'est pas douteux que ces legs seraient sujets à rapport.

Même s'il avait donné, par acte entre-vifs, une pension alimentaire à l'un de

---

[1] *V.* art. 852, C. civ.

Art. 852 : « Les frais de nourriture, « d'entretien, d'éducation, d'apprentis« sage, les frais ordinaires d'équipe« ment, ceux de noces et présents d'u« sage, ne doivent pas être rapportés.

[2] *V.* art. 852, C. civ., note précédente.

[3] Je ne vois pas pourquoi les frais du doctorat seraient sujets à rapport, plutôt que ceux de la licence; ce sont là des dépenses de même nature.

ses enfants, elle ne serait exempte du rapport que pour le temps qui en aurait couru du vivant du père.

On demande si un père qui aurait fait beaucoup de dépenses pour l'éducation de l'un de ses enfants, pourrait léguer à son autre enfant pour qui il n'a fait aucune dépense, une somme pour l'en dédommager? La coutume de Laon le permet; mais je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire.

On n'est point obligé au rapport des fruits ; la raison est évidente : l'enfant ne doit le rapport que de ce qui lui a été donné. Or, on ne lui a donné que l'héritage ; quoique ce soit, en conséquence de la donation qui lui a été faite de l'héritage qu'il en ait perçu les fruits, il est néanmoins vrai de dire que ce ne sont pas les fruits qui lui ont été donnés, et qu'on ne lui a pas donné autre chose que l'héritage ; il ne doit donc que le rapport de l'héritage [1].

Mais comme il doit le rapport de l'héritage, dès le jour de l'ouverture de la succession, il doit tenir compte de tous les fruits qui se recueilleront depuis l'ouverture de la succession.

Que si le rapport dont il est débiteur est d'une somme d'argent, soit parce que c'est une somme d'argent qu'on lui a donnée, soit parce qu'on lui a donné des choses qui ne se rapportent pas en nature, mais dont on rapporte l'estimation, il doit les intérêts de la somme sujette à rapport du jour de l'ouverture de la succession, sur le pied du denier 20.

Telle est la disposition de la coutume de Paris, qui fait, en ce point, le droit commun, duquel, néanmoins, notre coutume s'est écartée, en ordonnant que les fruits des héritages sujets à rapport et les intérêts des sommes sujettes à rapport qu'elle fixe aussi au denier 20, ne courraient que du jour de la *provocation à partage*.

La première démarche qui tend au partage, par exemple, la demande aux fins qu'il soit procédé à l'inventaire, ou l'inventaire commencé sans demande, passe pour *provocation à partage*. L'usage a ainsi interprété notre coutume pour la rapprocher du droit commun.

Quoique le tuteur d'un mineur ne puisse pas provoquer à un partage définitif, néanmoins, la demande qu'il fait pour son mineur contre les cohéritiers de son mineur, pour qu'il soit procédé à l'inventaire, tient lieu de provocation à partage, et oblige les cohéritiers de son mineur de ce jour, au rapport des fruits des héritages et des intérêts des sommes sujettes à rapport.

S'il avait tardé à faire cette interpellation, il en serait responsable envers son mineur ; et si le mineur n'avait point de tuteur, la famille serait responsable de n'en avoir point fait élire un qui eût fait cette interpellation.

Observez que, lorsque les coutumes de Paris et d'Orléans qui fixent ces intérêts au denier 20, ont été réformées, le taux des intérêts était au denier 12; aujourd'hui que le taux des intérêts est, par l'ordonnanee, au denier 20, si on suivait la même proportion qui a été suivie par nos coutumes, lors de la réformation, il faudrait ne faire courir les intérêts que sur le pied du denier 33 ou 34 ; néanmoins, nonobstant les diminutions du taux des intérêts, qui du denier 12 ont été réduites au denier 16, ensuite au denier 18, et enfin, au denier 20, l'usage s'est toujours conservé de faire courir les intérêts des sommes sujettes à rapport sur le pied du denier 20.

Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, n° 59) prétend que l'enfant doit rapporter non-seulement les fruits des héritages et les intérêts des sommes qui lui ont été donnés, mais qu'il doit même les intérêts de ces fruits et de ces intérêts du jour qu'il a été en demeure d'en faire raison ; il allègue des lois qui n'ont aucune application à cette question ; cette décision de Lebrun me paraît contraire aux

---

[1] *V.* art. 856, C. civ., qui consacre le même principe.
Art. 856 : « Les fruits et les intérêts « des choses sujettes à rapport ne sont « dus qu'à compter du jour de l'ouver- « ture de la succession.»

principes de droit. Ces fruits, ces intérêts ne sont pas dus *principaliter et per se;* car le rapport n'est dû que de ce qui a été donné, et il n'y a que l'héritage qui a été donné, il n'y a que la somme qui ait été donnée ; il n'y a donc que l'héritage ou la somme qui puissent être l'objet principal de la créance du rapport, qui puissent être dus *principaliter ;* les fruits, les intérêts, ne peuvent être dus que comme des accessoires, et, par conséquent, il n'en peut être dû d'intérêt; car c'est un principe de droit qu'*accessio accessionis non est.*

§ IV. *A qui faut-il que la donation ait été faite, pour qu'il y ait lieu au rapport?*

L'héritier qui vient avec d'autres cohéritiers à la succession de ses père et mère, ou de quelque autre ascendant, doit rapporter non-seulement ce qui a été donné à lui-même, mais même ce qui a été donné à ses enfants. C'est la décision des articles 306 de Paris, et 308 d'Orléans, qui font, en ce point, un droit commun dans le pays coutumier [1].

La raison de cette décision est tirée du principe établi ci-dessus, § 2, que non-seulement les avantages directs, mais même les avantages indirects étaient sujets à rapport; or, c'est un avantage indirect qu'on fait à un père ou à une mère, lorsqu'on donne à ses enfants; car regardant nos enfants comme d'autres nous-mêmes, n'acquérant nos biens que pour eux, nous devons réputer donné à nous-mêmes ce qui leur est donné, et, par conséquent, nous devons être obligés au rapport, comme si cela était donné à nous-mêmes.

La donation faite aux enfants d'un fils doit d'autant plus être censée faite au père, que c'est ordinairement en sa considération qu'on donne à ses enfants; d'ailleurs il serait facile d'éluder la loi du rapport, si le père qui voudrait donner quelque chose à son fils, sans qu'il fût sujet au rapport, avait la faculté de donner aux enfants de ce fils [2].

Si l'héritier, au moyen du rapport qu'il est obligé de faire de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfants, se trouvait n'avoir pas sa légitime, il ne laisserait pas d'être obligé à ce rapport, sauf à lui à se pourvoir contre son enfant, et à faire retrancher ce qui lui manque de sa légitime, de la donation qui a été faite à son enfant.

Mais si le petit-fils avait dissipé ce qui lui a été donné, et était insolvable, de manière que le fils ne pût avoir de recours contre lui pour sa légitime, la loi naturelle, qui veut que le fils ait sa légitime, devrait l'emporter sur la loi arbitraire, qui l'assujettit au rapport de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfants, et faire, en ce cas, cesser le rapport.

Un beau-père fait à son gendre une donation, et exprime que c'est pour l'amitié qu'il porte à son gendre, pour les services qu'il lui a rendus; la fille sera-t-elle obligée de rapporter à la succession de son père cette donation faite à son mari? La raison de douter est que la coutume n'a obligé une fille qui vient à la succession de son père qu'au rapport des donations qui lui ont été faites, et de celles qui ont été faites à ses enfants; que celle-ci n'étant faite ni à elle, ni à ses enfants, mais à son mari, n'est pas dans le cas du rapport; qu'on ne peut pas dire que la donation est réputée faite en considération de la fille, et faite indirectement à la fille, puisqu'il est exprimé que c'est en la

---

[1] L'art. 847 du C. civ., décide le contraire.

Art. 847 : « Les dons et legs faits au « fils de celui qui se trouve successible « à l'époque de l'ouverture de la suc« cession, sont toujours réputés faits « avec dispense du rapport. — Le père « venant à la succession du donateur, « n'est pas tenu de les rapporter. »

[2] Tout en adoptant cette idée, les rédacteurs du Code ont déclaré que ces libéralités *étaient toujours réputées faites avec dispense du rapport.* (Article 847, C. civ., ci-dessus.)

considération du gendre, pour l'amitié que le donateur lui porte, par reconnaissance des services qu'il a rendus à son beau-père.—Pour décider cette question, il faut distinguer plusieurs cas : ou la fille avait des enfants de son mari à qui la donation avait été faite, ou elle n'en avait point, ou elle avait accepté la communauté de son mari, ou elle y avait renoncé, ou cette communauté subsistait encore, ou c'est une donation de meubles, ou une donation d'héritages[1].

Lorsque la fille avait des enfants de son mari, Lebrun décide qu'elle est obligée au rapport du total de ce qui a été donné à son mari; soit que ce soit des meubles qui aient été donnés, soit que ce soit des héritages, soit qu'elle ait accepté la communauté de son mari, soit qu'elle y ait renoncé, soit qu'elle subsiste encore. La raison est qu'une femme qui a des enfants, doit réputer comme donné à elle-même ce qui est donné à son mari, que pendant la vie de son mari elle jouit en commun avec son mari de ce qui a été donné à son mari, qu'elle n'en jouirait pas autrement, si la donation avait été faite à elle-même; que si, après la mort de son mari, une partie de cette donation, ou même le total, dans le cas auquel elle renoncerait à la communauté, passe à ses enfants héritiers de leur père, elle doit réputer cet avantage dont les enfants profitent, comme son propre avantage. Ce principe ne doit pas être douteux dans nos coutumes, puisque ce n'est que par une conséquence de ce principe qu'elles assujettissent l'héritier au rapport des donations faites à ses enfants, comme de celles faites à lui-même (liv. 3, ch. 6, sect. 3, n° 23).

La décision de Lebrun ne me paraît pas souffrir de difficulté dans le cas auquel les enfants accepteraient la succession de leur père donataire, et seraient, par conséquent, censés y trouver ce qui lui a été donné; mais si ce gendre à qui la donation a été faite était mort insolvable, et que sa veuve eût renoncé à la communauté, et ses enfants à la succession de leur père, il ne me paraît pas juste que cette veuve fût obligée de rapporter à la succession de son père une donation faite à son mari, dont ni elle, ni ses enfants, n'ont point profité.

Par la même raison, je penserais que, même dans le cas auquel la communauté du gendre donataire et sa succession seraient acceptées, s'il avait des enfants d'un autre lit, la fille ne devrait être sujette au rapport que pour sa portion et celles des enfants de son mariage, et non pour celles dont les enfants d'un autre lit profitent dans ce qui a été donné à son mari.

Que si la communauté du gendre subsiste encore, lors du partage de la succession du beau-père donateur, je pense que la fille qui a des enfants de lui, ne doit être obligée au rapport que provisionnellement, et qu'elle doit avoir la répétition de ce rapport dans le cas où il arriverait que par sa renonciation à la communauté de son mari, et celle de ses enfants à la succession de leur père, ni elle ni ses enfants n'auraient point profité de la donation.

Que si la fille n'avait point d'enfants de son mari à qui la donation avait été faite, que cette donation consistât en meubles, et qu'il n'y eût point de clause au contrat de mariage « qu'elle retiendrait ce qui serait entré en communauté à cause d'elle »; Lebrun décide que la fille ne sera pas sujette au rapport de cette donation, si elle a renoncé à la communauté de son mari, mais qu'elle sera sujette au rapport du total, si elle l'a acceptée, et pareillement si sa com-

[1] Le Code, supprimant toutes ces distinctions très arbitraires et fort embarrassantes, a déclaré que ces dons étaient réputés faits avec dispense de rapport. *V*. art. 849, C. civ.

Art. 849 : « Les dons et legs faits au « conjoint d'un époux successible, sont « réputés faits avec dispense du rap- « port. — Si les dons et legs sont faits « conjointement à deux époux, dont « l'un seulement est successible, celui- « ci en rapporte la moitié : si les dons « sont faits à l'époux successible, il les « rapporte en entier.»

munauté avec son mari donataire se trouvait encore subsister lors du partage de la succession de son père.—Je penserais, au contraire, qu'elle ne devrait le rapport que pour moitié dans le cas de l'acceptation de sa part de la communauté, parce qu'elle n'a effectivement profité en ce cas que de la moitié de la donation, et, par conséquent, que dans le cas où sa communauté subsisterait, elle ne devrait le rapport que pour la moitié, parce qu'elle ne peut jamais profiter de plus que de moitié de la donation; encore, en ce cas, je penserais qu'elle ne devrait le rapport de cette moitié que provisionnellement, et sauf la répétition, au cas qu'il arrivât par la suite, que, par sa renonciation à la communauté, elle n'eût profité en rien de la donation faite à son mari. La raison sur laquelle Lebrun se fonde, est que, quoique par les termes dont on s'est servi dans cette donation, il paraisse qu'elle soit faite au gendre, elle doit néanmoins, *ex paternæ pietatis conjecturâ*, être présumée faite à la fille, et en considération de la fille; que si elle paraît faite au gendre, ce n'est que pour couvrir la fraude, pour éluder, s'il était possible, la loi du rapport, avec d'autant plus de raison, qu'il était indifférent à la fille que la donation fût faite à son mari, ou à elle-même, puisque, quand même elle aurait été faite à elle-même, cette donation serait également tombée dans la communauté de son mari, et qu'elle n'en aurait pas pu profiter davantage que de celle faite à son mari.

La réponse est que cette raison sur laquelle se fonde Lebrun, prouve plus qu'il ne veut prouver; car, si la donation faite au gendre était vraiment réputée faite à la fille, elle la devrait rapporter même dans le cas auquel elle aurait renoncé à la communauté, suivant que nous le verrons par la suite; et néanmoins Lebrun convient que la fille n'est pas, en ce cas, obligée au rapport: il ne me paraît pas vrai que la donation faite au gendre doive être réputée faite à la fille; le gendre peut mériter assez par lui-même l'amitié de son beau-père, pour qu'il lui fasse une donation : on en fait bien à des étrangers, pourquoi donc ne pas croire qu'elle est véritablement faite au gendre, lorsque l'acte le porte? Il est vrai que par rapport à l'effet de tomber en communauté, la donation faite au gendre a le même effet que si elle était faite à la fille elle-même; mais par rapport à la question présente, la chose est très différente. Lorsque la donation est faite à la fille elle-même, elle se soumet, en l'acceptant, au rapport; c'est par son canal qu'elle tombe en la communauté de son mari, et, par conséquent, la chose donnée lui est suffisamment parvenue, pour qu'elle soit tenue du rapport, quoique la dissipation de son mari l'ait empêchée d'en profiter; mais lorsque la donation a été faite au gendre, la fille ne peut être malgré elle obligée à un rapport auquel elle ne s'est jamais soumise, au rapport d'une donation qu'elle n'a point acceptée, et de choses qui ne lui sont jamais parvenues.

S'il y avait clause dans le contrat de mariage du gendre, « qu'elle reprendrait en cas de renonciation ce qui lui aurait été donné », ou que la donation faite au gendre fût une donation d'héritages, il y aurait en ce cas, moins de difficulté à dire, comme nous avons fait, que la donation faite au gendre, n'est point réputée faite à la fille, et qu'elle n'en doit le rapport que pour ce dont elle se trouverait en profiter, car la raison de Lebrun ne se rencontre plus, on ne peut plus dire alors que la donation faite au gendre a le même effet que si elle eût été faite à la fille elle-même; néanmoins Lebrun décide encore en ce cas que la fille, en cas d'acceptation de communauté, ou lorsque la communauté subsiste, est tenue du rapport du total, et qu'elle n'en est point tenue, lorsqu'elle a renoncé.

Si le beau-père, après la mort de sa fille, donne à son gendre, ses petit-fils, enfants de cette fille, ressentent indirectement l'avantage de cette donation, ayant trouvé dans la succession de leur père ce qui a été donné à leur père, si elle est déjà échue; c'est pourquoi ils doivent être sujets au rapport; mais, s'ils ont renoncé à la succession de leur père, ils n'en doivent point le rapport, n'en ayant pas profité. Si leur père donataire vivait encore lors du partage de

la succession de leur aïeul maternel, ils devraient s'obliger à rapporter, lors de la mort de leur père, ce qui lui a été donné, au cas qu'ils acceptent la succession[1].

A l'égard des sommes prêtées au gendre, la fille qui ne s'y est point obligée avec son mari, est tenue au rapport de ces sommes, lorsqu'elle a accepté la communauté, parce que, par son acceptation, elle en est devenue débitrice; mais elle n'en est tenue que pour la part dont elle est tenue des dettes de la communauté. Que si elle a renoncé à la communauté, elle n'est obligée à aucun rapport. C'est l'avis de Lebrun (*ibid.*). Il faut dire la même chose des petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul maternel; ils ne sont tenus du rapport des sommes prêtées par leur aïeul à son gendre, leur père, qu'autant et pour la part qu'ils s'en trouveraient débiteurs à cause de la communauté qui a été entre leur mère et leur père [2].

Lorsque des petits-enfants viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur père ou mère, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur père ou mère par l'aïeul à la succession duquel ils viennent. La raison en est bien évidente. Des représentants ne peuvent pas avoir plus de droit dans une succession que la personne qu'ils représentent, et du chef de laquelle ils viennent, suivant ce principe de droit *alterius jure qui utitur eodem jure uti debet*, ils ne doivent pas plus prendre dans la succession que cette personne y aurait pris; ils doivent être obligés aux mêmes rapports auxquels cette personne aurait été obligée.

Cette décision a lieu, quand même ils n'auraient pas profité de ce qui a été donné à leur père ou mère qu'ils représentent, et qu'ils auraient renoncé à la succession; car, comme ce n'est pas de leur chef qu'ils doivent ce rapport, mais du chef de leur père ou mère qu'ils représentent, il est indifférent qu'ils en aient profité ou non [3].

Cette décision a lieu, quand même ces rapports absorberaient toute leur portion héréditaire, et qu'il ne leur resterait plus rien. Ils ne pourraient prétendre, en ce cas, de légitime; car n'ayant droit à la succession de leur aïeul que du chef de leur père ou mère qu'ils représentent, ils ne peuvent aussi prétendre dans cette succession d'autre légitime que celle qu'auraient pu prétendre leur père ou mère; et par conséquent ces donations leur doivent être imputées sur cette légitime, comme elles auraient été imputées à leur père ou mère.

De ce principe « que les enfants qui viennent à la succession de leur aïeul, sont obligés aux mêmes rapports auxquels auraient été obligés leur père ou mère qu'ils représentent », il suit qu'ils doivent aussi rapporter la donation qui aurait été faite à quelqu'un de leurs frères prédécédés, quoiqu'il l'ait dissipée; car leur père ou mère qu'ils représentent auraient été obligés au rapport de cette donation faite à l'un de ses enfants [4], suivant que nous l'avons vu au commencement de ce paragraphe.

---

[1] Dans cette espèce, les petits enfants viendraient à la succession de leur ayeul maternel par représentation de leur mère, et ils ne seraient point obligés de rapporter ce qui a été donné à leur père, car dans aucun cas ils ne représenteront celui-ci dans la succession de leur ayeul maternel donateur. *V.* art. 848, C. civ., p. 42, note 3.

[2] Mais c'est en qualité de débiteur et non de donataires.

[3] L'art. 848, *V.* ci-dessus, p. 42, note 3, consacre cette doctrine; mais nous avons déjà remarqué (*V.* ci-dessus, p. 39, note 1), que *les représentants reçoivent directement du défunt leur part en la succession, qu'elle ne leur est point transmise par la personne représentée* et qu'en conséquence il n'est pas très exact de dire que les représentants usent des droits d'un autre.—On peut justifier l'article en disant que la représentation, qui est une faveur pour les représentants, ne doit cependant pas être préjudiciable aux autres cohéritiers.

[4] Aujourd'hui décision contraire, art. 847, C. civ., p. 164, note 1.

Lorsque des filles, par contrat de mariage, ont renoncé, moyennant une modique dot, à la succession, au profit de leur frère aîné, cet aîné qui succède, à leur place, à leur portion, est obligé, suivant notre principe, aux mêmes rapports auxquels elles auraient été obligées, et par conséquent au rapport de leur dot[1].

§ V. *A la succession de qui se fait le rapport?*

Le rapport doit se faire à la succession de la personne qui a donné[2].

Lorsqu'un père seul donne à un de ses enfants des effets de sa communauté, il est censé faire cette donation comme chef de la communauté, et par conséquent, sa femme, pour sa part en la communauté, est censée donner avec lui; c'est pourquoi, en cas d'acceptation de communauté, le rapport doit se faire de moitié seulement à la succession du père, et de moitié à la succession de la mère[3].

Au contraire, en cas de renonciation à la communauté, le rapport du total doit se faire à la succession du père; car la femme audit cas n'ayant rien aux biens de la communauté, c'est le père seul qui a donné le total. La mère n'ayant point parlé dans la donation, elle n'a rien donné en son propre et privé nom, c'est la communauté qui a donné, et par conséquent ayant renoncé à la communauté, elle n'a rien donné, et il n'y a rien à rapporter à sa succession.

Il en est autrement lorsque le père et la mère ont donné conjointement des effets de la communauté, la mère en ce cas donne en son propre nom, ce n'est pas en ce cas la communauté qui donne, c'est chacun des conjoints. Soit que la mère accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, il est vrai qu'elle a donné conjointement avec son mari, et comme, dans le cas auquel elle renonce à la communauté, elle n'a rien par sa renonciation dans les biens de la communauté, le mari se trouvant avoir fourni le total de ce qu'ils ont donné conjointement, elle doit récompense à son mari de la moitié, que son mari lui déduira sur sa dot, lorsqu'elle lui sera restituée à la dissolution du mariage. Le mari et la femme ayant donc fait en ce cas, la donation chacun par moitié, soit en cas d'acceptation, soit en cas de renonciation à la communauté, le rapport en l'un et l'autre cas se doit faire pour moitié en la succession du père, et pour moitié en la succession de la mère[4].

Pareillement, lorsque la dot fournie à un enfant consiste dans un héritage propre du mari, si c'est le mari seul qui a parlé, il est censé l'avoir donné seul, et le rapport de cet héritage doit se faire pour le total à sa succession; mais si le mari et la femme l'ont donné conjointement, le rapport doit s'en faire pour moitié à la succession du père et pour moitié à celle de la mère, car la mère est censée en avoir donné la moitié, et doit pour cela à son mari la moitié du

---

[1] *V.* art. 791, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 3.

[2] *V.* art. 850, C. civ.

Art. 850 : « Le rapport ne se fait « qu'à la succession du donateur. »

[3] *V.* art. 1439, C. civ.

Art. 1439 : « La dot constituée par « le mari seul à l'enfant commun, en « effets de la communauté, est à la « charge de la communauté; et, dans « le cas où la communauté est accep« tée par la femme, celle-ci doit suppor« ter la moitié de la dot, à moins que le « mari n'ait déclaré expressément qu'il « s'en chargeait pour le tout, ou pour « une portion plus forte que la moitié. »

[4] *V.* art. 1438 : « Si le père et la mère « ont doté conjointement l'enfant com« mun, sans exprimer la portion pour « laquelle ils entendaient y contribuer « ils sont censés avoir doté chacun « pour moitié, soit que la dot ait été « fournie ou promise en effets de la « communauté, soit qu'elle l'ait été en « biens personnels à l'un des deux « époux. »

prix de cet héritage qu'il a fourni pour la donation qu'ils se proposaient de faire en commun : pareillement lorsque la dot consiste dans un héritage propre de la mère ; si c'est elle seule, autorisée de son mari, qui l'a donné, le rapport doit s'en faire pour le total à sa succession ; si c'est son mari et elle qui ont donné, le rapport s'en fera pour moitié à chaque succession, et le mari sera débiteur envers sa femme de la moitié du prix de l'héritage que la femme a fourni pour la donation qu'ils ont faite en commun [1].

On demande si un enfant doit rapporter à la succession de son père la donation qui lui a été faite par son aïeul paternel ? Il semblerait qu'on dût répondre indistinctement que non, suivant le principe établi au commencement de ce paragraphe : que le rapport n'est dû qu'à la succession de celui qui a donné. Néanmoins il faut faire une distinction : si le père, lorsqu'il a succédé à l'aïeul, avait des cohéritiers auxquels il a été obligé de faire le rapport de la donation que l'aïeul avait faite à son petit-fils, le père ayant en ce cas, par ce rapport, indemnisé la succession de l'aïeul de cette donation, ayant pris sur son compte la donation, en est devenu le donateur à la place de l'aïeul, et par conséquent en ce cas, l'enfant donataire en doit faire le rapport à sa succession, ce qui n'est point contraire, mais conforme au principe ci-dessus établi. Que si le père n'a point fait de rapport de cette donation à la succession de l'aïeul, soit parce qu'il y a renoncé, soit parce qu'il en a été unique héritier, soit parce que l'aïeul vit encore, en ce cas l'enfant donataire n'en doit faire aucun rapport à la succession [2].

Lebrun néanmoins pense que, si le père a renoncé à la succession de l'aïeul en conséquence du don fait à l'un de ses enfants, que l'enfant donataire doit le rapporter dans la succession du père, parce que c'est en quelque façon de sa part en faire raison à la succession de l'aïeul, que de se tenir à ce don pour sa portion héréditaire. (Lebrun, liv. 3, ch. 6, sect. 2, n° 53.)

§ VI. *A qui est dû le rapport ?*

Le rapport étant introduit pour établir l'égalité entre les enfants qui viennent à la succession de leur père ou mère, ou autres ascendants ; il suit que l'enfant ne doit le rapport qu'aux autres enfants ses cohéritiers ; c'est pourquoi nous avons déjà vu ci-dessus qu'il ne pouvait être prétendu par les créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire [3].

Par la même raison, si un père qui a deux enfants à l'un desquels il a fait une donation entre-vifs, fait un tiers étranger légataire du tiers de ses biens, ce légataire ne pourra prétendre aucune part dans le rapport des biens donnés entre-vifs à l'un des enfants, et n'aura que le tiers des biens qui se sont trouvés lors du décès. Ceux donnés entre-vifs à l'un des enfants, se partageront entre les deux enfants ; car le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers [4].

Doit-on, par la même raison, décider que lorsqu'une belle-mère donataire de son mari d'une part d'enfant, partage la succession de son mari avec un enfant du premier lit de son mari, elle ne peut pas faire précompter à cet enfant, sur sa part, les choses qui lui ont été données par son père ? Il semblerait qu'elle ne le pourrait par notre principe que le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers, cependant il faut dire qu'elle le peut par une autre raison, qui est que la mesure de la donation faite à la belle-mère et la quantité de ce que l'enfant a eu des biens de son père à quelque titre qu'il les ait eus, soit de donation, soit de succession, par conséquent ce qui leur a été donné

---

[1] *V.* même art. 1438, C. civ., ci-dessus p. 168. note 5.

[2] Le rapport n'aurait point lieu aujourd'hui dans cette espèce, car le père n'est point obligé de rapporter ce qui a été donné à son fils. *V.* art. 847, C. civ., ci-dessus, p. 164, note 1.

[3] *V.* art. 857, C. civ., ci-dessus, p. 132, note 4.

[4] Même article.

doit être compté avec ce qu'il prend en la succession. Sans cela il serait au pouvoir du mari d'anéantir en entier la donation faite à sa femme, en faisant des donations entre-vifs ou des legs à son fils, et ne laissant presque plus rien à sa succession, ce qui ne doit pas être, la donation qu'il a faite à sa femme étant une donation entre-vifs, qui de sa nature est irrévocable [1]. C'est l'avis de Lebrun, qui en cite un arrêt du 22 avril 1682, *ibid.*, n° 67.

Un père laisse deux enfants, à l'un desquels il a donné certains biens; celui à qui il n'a rien donné renonce à la succession en fraude de ses créanciers qui sont reçus à exercer ses droits dans la succession; peuvent-ils demander le rapport à l'enfant donataire? Sans doute l'enfant donataire ne peut pas, pour s'en défendre, opposer notre principe qu'il ne doit le rapport qu'à son cohéritier; car ces créanciers ne le lui demandent que comme dû effectivement à ce cohéritier leur débiteur dont ils exercent les droits [2]. C'est l'avis de Lebrun, qui ne souffre pas de difficulté (*ibid.* n°s 68 et 69).

Si ce cohéritier à qui le rapport est dû n'avait point de créanciers, mais qu'après la succession ouverte à son profit, il ait été condamné à une peine capitale, le fisc pourra-t-il demander le rapport? Lebrun le lui refuse (*ibid.* n° 71); mais je ne vois pas sur quelle raison il peut se fonder, car la créance du rapport lui ayant été une fois acquise par l'ouverture de la succession, le fisc qui entre en tous ses droits peut l'exercer [3].

Je ne vois pas trop non plus sur quoi se fonde Lebrun (*ibid.* n° 70), pour décider que dans les coutumes d'égalité dans lesquelles l'enfant renonçant rapporte [4], les créanciers d'un enfant héritier à qui ce rapport est dû, ne peuvent pas exercer ses droits pour le demander; car, puisque le droit lui en est acquis, pourquoi ne le pourraient-ils pas exercer? N'est-ce pas un droit pécuniaire, estimable, et qui est *in bonis*? Des créanciers n'ont-ils pas le droit de se venger sur tout ce qui est *in bonis* de leur débiteur? Néanmoins Lebrun cite un arrêt du Journal du Palais (t. 1, p. 608) du 20 août, *aliàs* 13 décembre 1674, qu'il faut voir.

C'est une question dans les coutumes d'égalité qui n'est pas bien décidée, si de même que, dans ces coutumes, le rapport est dû par les enfants qui renoncent, il est aussi dû de même aux enfants qui renoncent. Rouille, ancien commentateur du Maine, prétend qu'il n'est dû qu'aux héritiers. *V.* les textes de ces coutumes.

§ VII. *En quoi consiste l'obligation du rapport?*

Notre coutume d'Orléans, art. 306, qui doit servir de droit commun en ce point, explique en quoi consiste l'obligation du rapport, lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés. Voici comme elle s'en explique :

Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. En faisant ledit rapport en espèces, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps, que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses.

---

[1] Cette décision est bien favorable à la belle-mère, car elle n'est point héritière, elle n'est que donataire.

[2] *V.* art. 1166, C. civ., ci-dessus, p. 133, note 2.

[3] La confiscation est abolie. *V.* art. 57 de la Charte, ci-dessus, p. 82, note 2.

[4] *V.* art. 845, C. civ.

Art. 845 : « L'héritier qui renonce à « la succession, peut cependant retenir « le don entre-vifs, ou réclamer le legs « à lui fait, jusqu'à concurrence de la « portion disponible. »

Il résulte de cet article que la donation d'un héritage faite à un enfant contient la charge tacite du rapport de l'héritage en nature, dans le cas où il viendra à la succession du donateur; qu'il s'oblige tacitement envers le donateur à ce rapport; qu'il devient débiteur de l'héritage *en essence et espèce in specie*[1].

L'enfant donataire sujet au rapport, n'est donc pas débiteur du rapport de la valeur de l'héritage qui lui a été donné, il est débiteur de l'héritage même en essence et espèce, ce qui a été prescrit pour établir entre les enfants venant à la succession une égalité parfaite qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auraient que de l'argent dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi.

Ce rapport *en essence et espèce* étant ordonné par la loi pour établir cette égalité, il s'ensuit qu'il ne doit pas plus être au pouvoir du donateur de permettre à l'enfant donataire de retenir l'héritage, en rapportant seulement la valeur, que de le dispenser entièrement du rapport, car les conventions des particuliers ne peuvent donner atteinte à ce qui est ordonné par les lois[2]. *Privatorum pactis juri publicò non derogatur.*

Il est donc inutile d'agiter la question si l'estimation qu'un père met aux héritages qu'il donne à son fils ou à sa fille est censée mise *venditionis causâ*, pour lui donner la faculté de retenir l'héritage en rapportant l'estimation qui y est mise, puisque, quand même le père aurait eu cette intention, quand même il aurait voulu dispenser l'enfant du rapport *en essence et espèce*, il n'était pas en son pouvoir de l'en dispenser. Ces estimations qu'on met dans les contrats de mariage des enfants, n'empêchent donc point que les héritages donnés ne doivent être, nonobstant ces estimations, rapportés *en essence et espèce.*

L'enfant donataire d'héritages étant débiteur de l'héritage même en essence et espèce, il suit de là que cet héritage est aux risques de la succession à laquelle il doit être rapporté, qu'il doit y être rapporté tel qu'il se trouve au temps du rapport qui doit en être fait, soit qu'il se trouve meilleur et augmenté, soit qu'il se trouve pire et déprécié, pourvu que ce soit sans le fait ni la faute de l'enfant, et qu'enfin s'il était péri entièrement sans le fait ni la faute de l'enfant, cet enfant serait libéré de l'obligation du rapport[3].

Ceci est conforme à un principe touchant la nature des obligations d'un corps certain, *species debita solvi debet qualis est. Lucrum et periculum circa speciem debitam spectat creditorem, obligatio speciei extinguitur rei debitæ interitu. V.* ff. *Passim tit. de peri. et comm. rei vend. tit. de legatis. tit. de solutio. tit. solut. matrim.*

Nous allons développer plus en détail ces principes :

1° L'héritage sujet à rapport doit être rapporté avec les méliorations et augmentations qui s'y trouvent au temps du rapport, si ce sont des augmentations naturelles qui n'aient rien coûté au donataire débiteur du rapport, la succession à laquelle le rapport en est dû, en profite en pur gain, comme s'il s'est fait sur cet héritage quelque accrue de bois, si des futaies ont profité, s'il y est fait une alluvion; etc.

---

[1] *V.* art. 859, C. civ., qui précise les cas où le rapport se fait en nature.

Art. 859 : « (Le rapport) peut être « exigé en nature, à l'égard des immeubles, toutes les fois que l'immeuble « donné n'a pas été aliéné par le donataire, et qu'il n'y a pas, dans la succession, d'immeubles de la même « nature, valeur bonté, dont on puisse « former des lots à peu près égaux pour « les autres cohéritiers. »

[2] Il est aujourd'hui permis de dispenser du rapport dans les limites de la quotité disponible. (Art. 844, p. 156, note 2.)

[3] *V.* art. 855; C. civ.

Art. 855 : « L'immeuble qui a péri « par cas fortuit et sans la faute du « donataire, n'est pas sujet à rapport. »

Si ce sont des augmentations industrielles qui aient été faites par le donataire, et qui lui aient coûté de la dépense, l'héritage doit à la vérité être rapporté avec ces augmentations; mais comme c'est un principe d'équité que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento,* la succession doit faire raison à l'enfant qui rapporte l'héritage de ce qui lui en a coûté, non pas néanmoins toujours de tout ce qui lui en a coûté, mais jusqu'à concurrence seulement de ce que la succession en profite, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage est estimé en être plus précieux au temps du rapport qui en doit être fait[1].

En cela les *impenses utiles* sont différentes des *impenses nécessaires;* car les *nécessaires* faites par l'enfant donataire sur l'héritage qu'il rapporte, doivent lui être remboursées, non pas seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage en est devenu plus précieux, mais entièrement, quand même le fruit de ces impenses aurait été détruit par quelque cas fortuit survenu depuis, et que par là la succession n'en profiterait pas. Par exemple, si une grange nécessaire à une métairie donnée à l'enfant tombait en ruines, et que cet enfant l'ait fait rétablir, quoique par la suite elle ait été incendiée par le feu du ciel, et que par cet événement la succession ne profite pas de la dépense qu'il a faite, la succession ne laissera pas d'être tenue de faire raison de ce qu'il en a coûté ou dû coûter à cet enfant, pour la reconstruction de cette grange, parce que c'était une impense nécessaire; qu'en la faisant, il faisait le bien de la succession future, à laquelle la métairie devait être rapportée; qu'en fait d'impenses nécessaires, *sufficit quod ab initio utiliter gestum sit, licet utilitas non duraverit;* que si la donation n'avait pas été faite, le donateur aurait lui-même fait cette impense, et ce qu'il en aurait coûté se trouverait de manque dans la succession, et que la succession conséquemment profite de ce que cette somme qui s'y serait trouvée de manque, s'y trouve [2]; *in tantùm locupletiorem donatoris hæreditatem fecit in quantùm pecuniæ pepercit.*

A l'égard des impenses purement *voluptuaires* que le donataire a faites sur l'héritage sujet à rapport, comme elles n'en augmentent point le prix, et qu'en conséquence, la succession ne profite pas de ces impenses, elle n'est point obligée d'en faire aucune raison à l'enfant qui les a faites, mais elle doit au moins lui permettre d'enlever et d'emporter ce qui peut s'enlever *sine rei detrimento*, et en rétablissant les choses en l'état qu'elles étaient, lorsque l'héritage a été donné.

---

[1] *V.* art. 861, C. civ.

Art. 861 : « Dans tous les cas, il doit « être tenu compte au donataire, des « impenses qui ont amélioré la chose, « eu égard à ce dont sa valeur se trouve « augmentée au temps du partage. »

Sur quoi il faut remarquer que le Code parle du temps du partage, au lieu que Pothier se référait au temps du rapport, c'est-à-dire à l'ouverture de la succession.

[2] *V.* art. 862, C. civ.

Art. 862 : « Il doit être pareillement « tenu compte au donataire des im- « penses nécessaires qu'il a faites pour « la conservation de la chose, encore « qu'elles n'aient point amélioré le « fonds. »

Pothier me paraît donner sa décision d'une manière beaucoup trop absolue, c'est-à-dire sans distinguer si l'immeuble auquel le donataire a fait des impenses nécessaires, est péri *avant* ou *après* l'ouverture de la succession, ce qui est à considérer : il voit une créance certaine contre la succession au profit du donataire, dès l'instant que la dépense a été effectuée.

Cependant, cette créance n'est-elle pas subordonnée au rapport, et si l'immeuble vient à périr par cas fortuit, avant l'ouverture de la succession, la condition du rapport ne se réalisant pas, comment pourrait naître cette créance qui n'en était que le corrélatif.

On ne doit point non plus lui faire raison de toutes les impenses usufruitières et d'entretien, car *sunt onera fructuum*, ce sont des charges de la jouissance qui lui a appartenu.

L'enfant n'a que la voie de rétention pour les impenses dont la succession doit lui faire raison; c'est pourquoi notre coutume dit que, *si lesdits cohéritiers ne veulent pas rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps que division et partage sont faits entre eux, déduction faite desdites impenses* [1].

2° Lorsque l'héritage sujet à rapport a été diminué, ou déprécié sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, il suffit, comme nous l'avons dit, de le rapporter tel qu'il est; la succession doit supporter ces pertes de même qu'elle profite des augmentations. Par exemple, si la rivière a emporté des terres, si les inondations les ont ensablées, si les arbres ont été abattus par les grands vents, il suffira de rapporter l'héritage tel qu'il se trouve. Pareillement, si une maison a été incendiée, il suffira de rapporter la place et les matériaux échappés aux flammes; si c'est par la faute des locataires que l'incendie est arrivé, l'enfant doit encore rapporter les actions qu'il peut avoir contre les locataires pour les dommages et intérêts résultant de l'incendie, et ce qu'il peut avoir reçu d'eux en conséquence de ces actions, etc.

Que si c'était par la faute du donataire sujet au rapport que l'héritage fût détérioré, comme si une maison tombait en ruine, faute par lui de l'avoir entretenue; si des vignes étaient en basses façons, faute par lui de les avoir fumées, provignées, encharnellées, il serait tenu de faire raison à la succession de ces dégradations [2], suivant le dire d'experts.

3° Si l'héritage sujet à rapport est entièrement péri sans sa faute, comme si la rivière l'a emporté, il est entièrement libéré du rapport [3]. Que si la chose a péri par sa faute, comme s'il a laissé prescrire les rentes qui lui ont été données, il est tenu de faire raison à la succession de cette perte, et d'en rapporter l'estimation.

4° Si la chose sujette à rapport a été plutôt convertie en une autre chose, qu'elle n'a été totalement périe; si cette conversion s'est faite sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, son obligation de rapporter en essence et espèce la chose qui lui a été donnée, se convertit en celle de rapporter la chose en laquelle celle qui lui a été donnée, a été convertie. Par exemple, si le débiteur de la rente foncière qui lui avait été donnée a déguerpi l'héritage sujet à la rente; si les rentes qui lui avaient été données, lui ont été remboursées, son obligation de rapporter ces rentes se convertit en celle de rapporter l'héritage qui lui a été déguerpi pour la rente, ou les deniers du rachat de celles qui ont été amorties.

L'enfant qui souhaiterait retenir l'héritage qui lui a été déguerpi, lequel serait augmenté de bonté, depuis le déguerpissement qui lui en a été fait, pourrait-il le retenir, en offrant de continuer à la succession une rente foncière sur cet héritage, telle que celle qui lui avait été donnée? Non, étant de-

---

[1] *V.* art. 867, C. civ.

Art. 867 : « Le cohéritier qui fait le « rapport en nature d'un immeuble, « peut en retenir la possession jusqu'au « remboursement effectif des sommes « qui lui sont dues pour impenses ou « améliorations.»

Il ne faut cependant pas dire avec Pothier, que le donataire *n'a que la voie de rétention;* c'est un avantage que la loi lui assure, mais il a en outre le droit d'agir.

[2] *V.* art. 863, C. civ.

Art. 863 : « Le donataire, de son « côté, doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble, par son « fait ou par sa faute et négligence.»

[3] *V.* art. 855, C. civ., ci-dessus, p. 171, note 3.

venu une fois débiteur de l'héritage à la place de la rente, par la conversion qui s'est faite de la rente en l'héritage, il ne doit pas être en son pouvoir de changer son obligation; les augmentations qui sont survenues en l'héritage déguerpi dont le rapport est dû à la sucession, doivent être au profit de la succession, de même que s'il était diminué et dépéri, elle en aurait souffert la perte; le rapport doit remettre les choses en l'état qu'elles seraient, si la rente n'avait pas été donnée; or, si elle ne l'avait pas été, le déguerpissement aurait été fait au donateur, et l'héritage déguerpi se trouverait en sa succession; il y doit donc être rapporté.

Que si cette conversion s'était faite par son fait ou sa faute, comme s'il avait accepté le rachat d'une rente qui n'était point rachetable, ou le déguerpissement de la part d'un débiteur qui n'avait pas la faculté de déguerpir, il ne se ferait point de conversion de cette obligation, il demeurerait toujours obligé au rapport en essence et espèce de la chose qui lui a été donnée; et faute de le pouvoir faire, la chose n'existant plus, il devrait rapporter l'estimation de ce que cette chose vaudrait au temps du partage si elle subsistait encore.

5° Lorsque l'enfant donataire a aliéné l'héritage qui lui a été donné, si cette aliénation a été nécessaire, comme s'il a été obligé par un arrêt du conseil de vendre pour la construction d'une place publique la maison qui lui a été donnée, ou si on lui avait donné une portion d'un héritage indivis avec un tiers qui par la licitation aurait été adjugé en entier à ce copropriétaire; en ces cas et autres semblables, son obligation de rapporter la chose en essence et espèce, se convertirait en celle de rapporter les sommes de deniers qu'il a reçues à sa place.

Que si l'aliénation qu'il a faite de la chose qui lui a été donnée, a été volontaire, comme il ne doit pas dépendre de lui de changer l'objet de son obligation; il demeure, nonobstant cette aliénation, débiteur du rapport de l'héritage en essence et espèce; et faute par lui de pouvoir le rapporter, ne l'ayant plus, il doit rapporter l'estimation de ce qu'il vaut en l'état qu'il se trouve au temps du partage [1], sauf que si c'était par sa faute ou celle de ses successeurs à qui il l'a aliéné, qu'il fût détérioré, on devrait ajouter à l'estimation de l'héritage celle des dommages et intérêts résultant desdites dégradations dont il serait pareillement tenu de faire raison à la succession.—*Contrà vice versâ*, on doit sur l'estimation de l'héritage lui faire déduction des impenses nécessaires et utiles, suivant que nous l'avons expliqué ci-dessus, soit qu'elles aient été faites par lui, soit qu'elles aient été faites par ses successeurs [2].

Suivant ces principes, de même que si l'héritage sujet à rapport que l'enfant donataire a volontairement aliéné, se trouvait au temps du partage de plus grande valeur que le prix pour lequel il l'a vendu, soit parce que les biens-fonds seraient augmentés de prix, soit par des augmentations naturelles et intrinsèques survenues dans cet héritage, il ne suffirait pas à l'enfant d'offrir le rapport du prix pour lequel il l'a vendu; de même *vice versâ*, si cet héritage se trouve de moindre valeur au temps du partage que le prix pour lequel il a été vendu, soit parce que les biens-fonds seraient diminués de prix, soit par les détériorations et diminutions survenues dans cet héritage par cas fortuit, comme par incendie, inondation, etc., les cohéritiers de l'enfant obligé au rapport seront tenus de se contenter du rapport de la

[1] V. art. 860, C. civ.
Art. 860 : « Le rapport n'a lieu qu'en « moins prenant, quand le donataire « a aliéné l'immeuble avant l'ouverture « de la succession; il est dû de la va- « leur de l'immeuble à l'époque de l'ou- « verture.»

[2] V. art. 864, C. civ.
Art. 864 : « Dans le cas où l'immeu- « ble a été aliéné par le donataire, les « améliorations ou dégradations faites « par l'acquéreur doivent être impu- « tées conformément aux trois articles « précédents.»

somme que se trouve valoir l'héritage en l'état qu'il est au temps du partage, et ne pourront pas exiger le rapport de toute la somme pour laquelle l'enfant donataire l'a vendu [1].

Par la même raison, si l'héritage sujet à rapport était entièrement péri par cas fortuit, quoique depuis la vente que l'enfant en a faite, comme si c'est un pré que la rivière a emporté, cet enfant sera entièrement déchargé de l'obligation du rapport, et profitera du prix qu'il l'a vendu, sans être obligé d'en rien rapporter. Il n'est point extraordinaire en droit que le débiteur d'un corps certain profite ainsi de la perte totale de la chose par lui due [2].

Il reste une question de savoir si les cohéritiers à qui le rapport d'un héritage donné à leur cohéritier est dû en *essence et espèce*, peuvent évincer un tiers acquéreur à qui il l'aurait vendu ? La raison de douter est que l'enfant donataire n'ayant la propriété de l'héritage qu'à la charge du rapport, il semble qu'il n'a pu le transférer à ce tiers acquéreur qu'à la même charge. Il faut néanmoins décider que les cohéritiers n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs ; ces cohéritiers qui viennent à la succession d'un père commun, ou d'une mère commune, doivent se contenter de précompter à leur cohéritier la valeur de l'héritage qu'il a aliéné plutôt que de l'exposer à des recours de garantie, en agissant contre l'acquéreur qui a acquis de lui [3], *res non sunt amarè tractandæ inter personas conjunctas.*

Tout ce que nous avons établi jusqu'à présent sur le rapport des héritages donnés à l'un des enfants, a lieu dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans celles qui n'ont point de dispositions contraires ; il y a des coutumes qui disposent autrement, et qui permettent au donataire de rapporter le prix pour lequel l'héritage lui a été donné, lorsque l'estimation en a été faite sans fraude, ou le prix qu'il valait, lors de la donation. Coutume de Sens, Auxerre.

On suit pour le rapport des offices et des meubles, des principes tout différents de ceux que nous venons d'établir pour le rapport des héritages et rentes. L'enfant donataire d'un office ou d'un meuble, n'est point obligé à rapporter en essence et espèce les choses qui lui ont été données, mais seulement à rapporter la sommme qu'elles valaient lorsqu'elles lui ont été données, et la somme qui lui a été donnée pour s'y faire recevoir ; la raison de différence par rapport aux offices, est tirée de l'indécence qu'il y aurait à déposséder un officier, s'il était obligé au rapport de son office en essence et espèce.—A l'égard des meubles, ces choses étant de nature à se consommer, au moins à se déprécier par le temps, il n'est pas convenable que le rapport en soit dû en essence et espèce [4].

Le donataire d'un office ou de choses mobilières n'étant point débiteur du rapport des choses même qui lui ont été données, mais seulement du prix qu'elles valaient lorsqu'elles lui ont été données, il suit de là que ces choses sont à ses risques, et non point aux risques de la succession, et que quand même elles périraient, quand même l'office serait supprimé, l'enfant ne de-

---

[1] L'article 860, ci-dessus, p. 174, note 1, oblige le donataire à rapporter la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession.

[2] Il en sera ainsi, si l'immeuble est péri avant l'ouverture de la succession, car l'obligation de rapporter ne pouvait prendre naissance qu'à cette époque ; or, elle n'a pas pû naître faute d'objet.

[3] Le Code, a positivement décidé la question dans le sens de Pothier (art. 860). *V.* ci-dessus, p. 174, note 1.

[4] *V.* art. 868, C. civ., qui consacre la même distinction.

Art. 868 : « Le rapport du mobilier « ne se fait qu'en moins prenant. Il se « fait sur le pied de la valeur du mo- « bilier lors de la donation, d'après l'é- « tat estimatif annexé à l'acte ; et, à « défaut de cet état, d'après une esti- « mation par experts, à juste prix et « sans crue.»

vrait pas moins rapporter le prix qu'elles valaient, lorsqu'elles lui ont été données.

Il suit de là pareillement que le donataire ne pourrait éviter le rapport de ce prix en offrant le rapport de ces choses en essence.

De ce que l'office est aux risques de l'enfant auquel on l'a donné, il suit aussi qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Observez que s'il était justifié qu'un père ou une mère avait porté les meubles qu'il donnait à l'un de ses enfants au-dessous de leur juste valeur, les cohéritiers pourraient l'obliger à rapporter non-seulement la somme portée au contrat, mais la juste valeur ; il est néanmoins permis à un père de donner son office à son fils, pour le prix qu'il lui a coûté, quoiqu'il ait augmenté de valeur, et qu'il se trouve d'un plus grand prix, lorsqu'il en fait la donation ; on tolère ces petits avantages, pour donner lieu aux pères de maintenir le nom de leur famille ; c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Tambonneau (du 4 février 1614) rapporté par Lebrun (liv. 3, ch. 6, sect. 3, n° 42).

Il suit de la raison que nous venons de rapporter, que cette décision ne doit avoir lieu que pour les charges de judicature propres à conserver l'honneur du nom du défunt ; un père ne pourrait donc pas donner de même à son fils un office de procureur ou de receveur des tailles, pour le prix qu'il lui aurait coûté, s'il valait davantage au temps de la donation. Lebrun, *ibid. in fine.*

Par la même raison, si le fils à qui le père a donné un office augmenté de prix pour le prix qu'il lui a coûté, ne s'y fait pas recevoir et le revend incontinent, il doit rapporter le prix qu'il valait lors de la donation, et pour lequel il l'a revendu.

Il nous reste à parler des offices de la maison du roi, gouvernements et autres semblables offices. Lorsqu'un père revêtu d'un pareil office le résigne, sous le bon plaisir du roi, à un de ses enfants, cet enfant ne doit aucun rapport ni de l'office, ni d'aucune estimation de l'office, la raison est que ces offices sont de simples commissions révocables à la volonté du roi, qui ne sont point censés *in commercio*, *in bonis* des particuliers ; le père en faisant passer un pareil office à son fils, ne lui a rien fait passer de ses biens, et par conséquent il ne peut y avoir lieu au rapport ; d'ailleurs ces offices étant *res extrà bona*, *res extrà commercium* par leur nature, ils ne peuvent être compris dans la masse des biens de la succession ; ils ne sont donc pas rapportables, ni en essence, ni le prix à leur place ; car n'étant pas *in commercio*, ils n'ont pas proprement de prix.

Que si le père n'avait pas l'office, et qu'il eût déboursé quelque somme de deniers pour le faire avoir à son fils, c'est une donation qu'il a faite à son fils de cette somme de deniers, laquelle est sujette à rapport.

§ VIII. *De l'effet du rapport et de l'alternative de moins prendre.*

Lorsque l'héritage donné à l'un des enfants est par lui rapporté réellement et tombe au lot de quelqu'un de ses cohéritiers, l'effet du rapport est que le droit que le donataire avait en l'héritage qu'il a rapporté, se résoud, qu'il est censé être de la succession du donateur, comme s'il n'avait point été donné ; que le cohéritier au lot duquel il tombe, est censé succéder à cet héritage au défunt, comme s'il n'avait jamais appartenu à son frère qui l'a rapporté, et par conséquent sans aucune charge des hypothèques et droits réels que le donataire qui l'a rapporté y aurait pu imposer [1].

---

[1] *V.* art. 865, C. civ.

Art. 865 : « Lorsque le rapport se « fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs « et quittes de toutes charges créées « par le donataire ; mais les créanciers

Ces droits réels et hypothèques se résolvent en ce cas de la même manière que se résout le droit du donataire qui les a imposés [1], suivant la règle *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

Cette décision a lieu quand même les partages n'auraient été faits que par acte sous seing privé. Lebrun, *Traité des Successions*, tit. des rapports, liv. 3, ch. 6, sect. 4, n° 3.

Le rapport des héritages ne se fait pas toujours réellement; la coutume donne à l'enfant donataire l'alternative *de moins prendre en héritages de pareille valeur et bonté.* Lorsque le donataire veut jouir de cette alternative, le rapport ne se fait que par fiction; c'est-à-dire, qu'on ajoute seulement à la masse des biens de la succession l'héritage qui est sujet au rapport, pour le prix qu'il vaut au temps du partage, afin de fixer le montant de toute la masse, et de régler à quoi doivent monter les parts que chacun des cohéritiers doit y avoir; ce rapport fictif étant fait, le donataire retient sur la part qu'il doit avoir dans ladite masse l'héritage sujet à rapport sur le prix qu'il est estimé, et prend d'autant moins dans les biens de la succession. Par exemple, s'il y a quatre héritiers, que la masse des biens, y compris l'héritage qu'il y a rapporté par fiction, et distraction faite du préciput de l'aîné, monte à 400,000 livres, que l'héritage sujet à rapport ait été estimé 80,000 livres; en retenant cet héritage pour ladite somme de 80,000 livres, il ne lui restera plus à prendre dans les biens délaissés par le défunt que la somme de 20,000 livres, pour achever les 100,000 livres, à laquelle somme monte la part de chacun des héritiers; il y prendra donc 80,000 livres de moins que chacun de ses cohéritiers, étant rempli de cette somme de 80,000 livres par l'héritage sujet à rapport quil retient.

Il n'est pas toujours au pouvoir de l'enfant donataire de retenir l'héritage qui lui a été donné, en moins prenant dans le surplus des biens de la succession; il faut, pour qu'il puisse jouir de cette alternative, qu'il y ait dans la succession des héritages à peu près égaux en bonté à celui qu'il doit rapporter, et en quantité suffisante pour que chacun de ses cohéritiers puisse à peu près s'égaler à lui; c'est ce que signifie la coutume par ces termes, *ou moins prendre en héritages de pareille valeur et bonté:* sans cela il ne peut pas jouir de l'alternative de moins prendre, et il ne peut se dispenser de rapporter réellement, car, lorsqu'il n'y a pas assez d'héritages égaux en bonté au sien, pour égaler à peu près ses cohéritiers; il est évident que l'égalité serait blessée, s'il était dispensé de rapporter réellement, et qu'il lui fût permis de conserver ce qu'il y a de meilleur pendant que ses cohéritiers auraient de mauvais biens [2].

ART. III. — Du rapport en succession collatérale, et de l'incompatibilité des qualités d'héritier et légataire.

§ 1er. *Variétés des coutumes sur ce rapport, et auxquelles on doit s'arrêter.*

Les coutumes sont différentes sur le rapport en succession collatérale. Il y a quelques coutumes qui désirent la même égalité entre les héritiers collatéraux qu'entre les enfants, et en conséquence obligent les héritiers collatéraux, de même que les enfants, à rapporter les donations entre-vifs qui leur auraient été faites; telle est la coutume de Blois; telles sont les coutumes d'Anjou et

---

« ayant hypothèque peuvent intervenir « au partage, pour s'opposer à ce que « le rapport se fasse en fraude de leurs « droits.»

[1] *V.* art. 2125, C. civ.

Art. 2125 : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une « condition, ou résoluble dans certains « cas, ou sujet à rescision, ne peuvent « consentir qu'une hypothèque soumise « aux mêmes conditions ou à la même « rescision.»

[2] *V.* art. 859, C. civ., ci-dessus, p. 171, note 1.

du Maine, qui y obligent les collatéraux héritiers présomptifs, comme les enfants même dans le cas auquel ils renonceraient à la succession [1].

Les coutumes de Paris, d'Orléans, et la plupart des autres coutumes, n'obligent point les héritiers collatéraux au rapport des donations entre-vifs qui leur auraient été faites par le défunt; mais elles ne permettent pas qu'on soit en même temps héritier et légataire [2].

Il y en a qui permettent expressément d'être héritier et légataire.

Il y en a qui ne s'en expliquent pas.

C'est une question à l'égard de celles-ci, si on doit y adopter la disposition de la coutume de Paris et des autres qui la défendent. Il a été jugé pour la coutume de Vermandois, qu'on ne devait pas les y étendre (arrêt du 7 décembre 1648, rapporté par Lebrun, liv. 3, ch. 7, n° 3), ce qui me paraît bien jugé; car ces coutumes, comme nous le verrons ci-après, n'étant fondées que sur des raisons arbitraires qui ne sont point prises dans la nature des choses ni dans aucune équité naturelle, ne doivent point être étendues hors de leur territoire, ni restreindre, dans les provinces qui n'y sont pas soumises, la liberté naturelle que chacun a de disposer comme bon lui semble de ses biens. D'ailleurs n'y ayant pas d'uniformité sur ce point, dans les différentes coutumes, il n'y a pas de raison de suivre plutôt celle de Paris qu'une autre, et on ne peut pas dire que sa disposition générale contienne le droit général du pays coutumier qu'il faille suivre dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées.

Dans la variété des coutumes pour décider si l'héritier peut prendre dans la succession le prélegs qui lui est fait, doit-on suivre la coutume du lieu où le testateur avait son domicile, ou celle du lieu où l'héritage légué est situé? Cette question dépend de celle de savoir si la coutume qui défend d'être héritier et légataire, est un *statut personnel*, ou un *statut réel;* c'est un principe constant dans notre jurisprudence, que nous ne regardons comme *statuts personnels* que ceux qui ont pour objet l'état des personnes, comme ceux qui règlent la tutelle des mineurs, la majorité, l'âge et la capacité de tester et autres semblables, les autres statuts qui ont pour objet les choses, la manière d'y succéder, leur disponibilité, etc., sont *statuts réels :* telle est la loi qui ne permet pas d'être héritier et légataire; elle a pour objet les choses dont elle ordonne un partage égal entre les héritiers qui y succèdent, sans qu'il soit permis au défunt d'en avantager l'un plus que l'autre par testament : or, c'est un autre principe également constant que les statuts réels exercent leur empire sur toutes les choses situées dans leur territoire indifféremment, à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est donc la coutume du lieu où l'héritage légué est situé qui doit décider, et non celle du lieu où le testateur avait son domicile. C'est pourquoi, si un testateur demeurant dans la coutume de Reims, qui permet les prélegs faits aux héritiers, lègue à un de ses héritiers un héritage situé dans le territoire de la coutume de Paris, ce legs ne sera pas valable, parce que la coutume de Paris, qui défend ces prélegs, exerce son empire sur tous les héritages situés en son territoire indifféremment à l'égard de toutes sortes de personnes, et par conséquent, même à l'égard de ce Rémois; au contraire, un Parisien peut faire un prélegs d'un héritage situé à Reims, parce que la coutume de Paris, qui défend les prélegs, ne peut avoir d'empire que

[1] Notre Code ne fait aucune distinction entre les héritiers en ligne directe ou collatéraux, en ce qui concerne l'obligation de rapporter : tout héritier doit rapporter à ses cohéritiers (art. 843, ci-dessus, p. 121, note 4), mais la dispense du rapport est permise à l'égard de tous.

[2] Si le défunt n'a pas dispensé du rapport, le successible ne pourra pas cumuler les qualités de donataire ou de légataire et celle d'héritier, mais il pourra s'affranchir du rapport en renonçant à la succession pour laquelle il devenait ainsi un étranger (art. 845, C. civ., v. ci-dessus, p.170, note 4.)

sur les héritages situés dans son territoire, et ne peut empêcher le prélegs d'un héritage situé dans une coûtume qui le permet.

Si ce legs était de choses mobilières ou autres qui n'ont point de situation, et suivent la personne à qui elles appartiennent, en ce cas, ce serait la coutume à laquelle la personne du testateur est soumise, c'est-à-dire, celle du domicile que le testateur avait lors de son décès qui décidera la validité ou l'invalidité du legs.

§ II. *De la disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, sur l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, et en quel cas elle peut avoir lieu.*

La coutume de Paris, art. 300, s'explique ainsi : *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble*, et l'art. 301, *peut toutefois entre-vifs être donataire et héritier en ligne collatérale.*

Notre coutume d'Orléans, art. 288, s'explique à peu près de même.

Ces dispositions ne sont fondées sur aucune incompatibilité naturelle qu'il y ait entre les qualités d'héritier et de légataire ; il y en a bien une entre ces deux qualités pour la portion à laquelle on succède comme héritier ; on ne peut pas être légataire d'une chose pour la portion à laquelle on y succède en qualité d'héritier ; car ayant acquis cette portion en qualité d'héritier, je ne peux pas l'acquérir une seconde fois en qualité de légataire, *quod meum est, meum ampliùs fieri non potest ;* je ne peux pas être créancier comme légataire de la chose qui m'est léguée pour la portion dont j'en serais, comme héritier, le débiteur, ces deux qualités de créancier et de débiteur, se détruisant dans une même personne ; mais si le legs fait à un héritier, ne peut pas, par la nature des choses, valoir pour la part qu'il a lui-même dans la chose léguée : si ces deux qualités sont incompatibles pour cette portion, la nature des choses n'empêche nullement que le legs fait à l'héritier ne soit valable pour les portions de ses cohéritiers dans la chose léguée, *legari à semetipso non potest, à cohærede potest.*

La disposition de nos coutumes sur ce point n'est donc pas fondée dans la nature même des choses ; elle n'est pas fondée non plus sur aucune raison d'équité naturelle ; car ce n'est point une chose contraire à l'équité naturelle, que, lorsqu'un de nos héritiers présomptifs nous a été plus attaché que les autres, nous a rendu plus de services, nous puissions lui témoigner l'affection particulière que nous avons pour lui par quelque présent qu'il puisse prendre, malgré sa part dans notre succession.

Cette disposition a pour seul fondement l'inclination de notre droit français, à conserver l'égalité entre les héritiers comme un moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles, et d'en exclure les jalousies auxquelles donneraient lieu les avantages que l'on ferait à l'un des héritiers par dessus les autres. Il était d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces, tels qu'étaient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousie, et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres pour les moindres sujets[1].

Les coutumes d'égalité qui ne permettent pas à l'un des héritiers présomptifs de conserver l'avantage qui lui est fait même en renonçant à la succession du défunt qui le lui a fait, sont celles qui paraissent avoir le mieux conservé l'esprit de notre ancien droit sur ce point.

Nos coutumes, en permettant à l'héritier présomptif de conserver les avantages qui lui sont faits, en renonçant à la succession, paraissent avoir aban-

[1] Cette idée d'égalité est encore la base de la loi nouvelle, mais elle permet au donateur ou testateur, d'y déroger, par une disposition expresse, et au successible de conserver la libéralité en renonçant.

donné en cela l'esprit de notre droit ancien, et en avoir seulement retenu la lettre par cette subtilité, que la loi défendant les avantages aux héritiers, celui qui renonçait à la succession n'étant point héritier au moyen de sa renonciation, ne se trouvait plus compris dans la prohibition de la loi.

Nous ne donnons pas pour cela la préférence aux coutumes d'égalité sur les nôtres; si les nôtres se sont écartées de l'esprit de notre ancien droit, dont l'observance n'était plus nécessaire depuis que nos mœurs se sont adoucies, elles se sont rapprochées de la liberté du droit naturel qui nous permet de disposer de nos biens à notre volonté, et de témoigner une affection particulière à ceux de nos parents qui ont mieux mérité de nous; nos coutumes, en se rapprochant en cela du droit naturel, n'ont pas néanmoins voulu, par respect pour les anciens usages, paraître abandonner l'ancien droit français; c'est pourquoi elles en ont conservé la lettre, en défendant les avantages entre héritiers qui viendraient ensemble à la succession de celui qui les a faits.

Il résulte de tout ceci que nos coutumes, lorsqu'elles disent qu'*aucun ne peut être héritier et légataire*, n'entendent autre chose qu'ordonner l'égalité entre les héritiers qui viennent ensemble à la succession des biens d'un défunt, en leur ordonnant de conférer et laisser à la masse des biens qu'ils ont à partager, tous les legs qui auraient été faits à quelqu'un d'eux.

Elles n'exigent pas néanmoins une égalité si parfaite entre les collatéraux qu'entre les enfants; car elles obligent les enfants à conférer à la masse commune, non-seulement ce qui aurait été légué à quelqu'un d'eux, mais même ce qui lui aurait été donné entre-vifs directement ou indirectement, au lieu qu'elles n'obligent les héritiers collatéraux qu'à laisser à la masse commune ce qui a été légué à quelqu'un d'eux, et non point ce qui aurait été donné entre-vifs à quelqu'un d'eux, se contentant qu'il y ait égalité entre eux dans les biens de la succession qu'ils ont à partager, et ne faisant point d'attention à ceux qui ayant été donnés entre-vifs, ne font plus patrie de cette succession[1].

Au surplus, c'est une espèce de rapport que nos coutumes ordonnent entre les héritiers ascendants ou collatéraux, comme entre les enfants, sinon que celui ordonné pour les enfants héritiers s'étend à plus de choses, s'étendant même à ce qui leur a été donné entre-vifs.

La vraie interprétation de ces termes, *aucun ne peut être héritier et légataire*, est donc celle-ci : « Aucun ne peut prétendre, à titre de legs, aucune chose des biens auxquels il a part comme héritier; mais il doit laisser les choses qui lui sont léguées, et les conférer à la masse commune qu'il a à partager avec ses cohéritiers. »

La disposition de cette coutume établissant un rapport qu'un héritier est obligé de faire à ses cohéritiers des choses qui lui sont léguées, il suit de là que, pour qu'elle ait lieu, il faut être héritier de l'espèce de biens dont on est légataire, et avoir des cohéritiers dans cette espèce de biens auxquels on puisse être obligé de conférer ce qui en a été légué.

De là il suit que celui qui est héritier de biens d'un défunt situés dans une coutume, et qui n'est point appelé à la succession des biens de la même personne situés dans une autre coutume, peut être légataire de ces biens, comme le pourrait être un étranger; car n'étant point appelé par la coutume du lieu à la succession de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens. Par exemple, si une personne qui a laissé des frères et un neveu, avait des biens situés à Orléans, où la représentation a lieu, et à Blois où elle n'a pas lieu, ce neveu, qui est héritier avec les frères du défunt aux biens situés à Orléans, pourra être légataire des biens situés à Blois, parce que la coutume n'admet-

[1] Le Code ne fait à cet égard aucune différence entre les donations et les legs. *V.* art. 843, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 4.

tant point la représentation, il n'est point héritier de ces biens[1]. Cela a été ainsi jugé par les arrêts.

Il y a quelques auteurs qui ont prétendu que le neveu au moins ne pouvait être légataire d'une plus grande portion dans les biens situés à Blois, que celle à laquelle il aurait succédé s'il eût été appelé à la succession de ces biens avec les frères du défunt; mais cette opinion n'est fondée sur rien, et il faut décider qu'il peut être légataire de ces biens de la même manière que le pourrait être un étranger; et, par conséquent, si ces biens situés à Blois sont des acquêts, il peut être légataire du total, comme le pourrait être un étranger: la raison en est évidente : il ne peut être obligé à conférer ces biens qui lui sont légués, ni par la coutume de Blois, ni par celle d'Orléans; la coutume de Blois ne l'y oblige pas, puisqu'elle n'oblige à ce rapport que les héritiers; elle n'interdit la qualité de légataire qu'à des héritiers, et elle ne le reconnaît pas pour héritier. Il n'y peut être non plus obligé par la coutume d'Orléans, qui ne peut ordonner un rapport des biens situés hors de son territoire, et sur lesquels elle n'a aucun empire.

Suivant le même principe, un frère consanguin ou utérin qui succède avec les frères germains du défunt aux biens situés dans la coutume de Paris, qui ne donne aucune prérogative au double lien, peut être légataire des acquêts situés dans la coutume d'Orléans, desquels il n'est point héritier.

Si l'héritier était appelé à la succession par l'une et l'autre coutume, pourrait-il, en acceptant la succession des biens qui lui sont déférés par l'une de ces coutumes, répudier la succession des biens qui lui est déférée par l'autre coutume, dans laquelle sont situées les choses qui lui sont léguées, afin de pouvoir en être légataire? Les avis des commentateurs sont partagés sur cette question, elle dépend de celle que nous avons agitée ailleurs, si on peut accepter la succession d'un défunt pour les biens qui sont déférés par une coutume, et la répudier pour ceux déférés par une autre coutume. J'y renvoie.

Du principe que nous avons établi, qu'il faut, pour que la disposition de nos coutumes ait lieu, être héritier de l'espèce de biens dont on est légataire, il suit que celui qui est héritier aux seuls propres d'une ligne, *putà* aux propres paternels, peut être légataire des meubles et acquêts; car n'étant point héritier de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens, et par conséquent rien ne l'empêche d'en être légataire. D'ailleurs les héritiers aux meubles et acquêts n'étant point ses cohéritiers, ne peuvent lui demander qu'il fasse le rapport de son legs, qu'il le laisse en masse commune, puisque ces héritiers ne sont point les cohéritiers de ce légataire, et n'ont aucune masse commune à partager avec lui, ses cohéritiers aux propres paternels ne peuvent l'exclure de sa part en la succession des propres paternels, en lui opposant sa qualité de légataire, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt; et que, s'il est légataire, il ne l'est pas à leurs dépens, étant légataire de biens auxquels il n'a pas droit de succéder.—*Vice versâ*, les héritiers aux meubles et acquêts ne peuvent pas, pour l'exclure du legs, lui opposer la qualité d'héritier aux propres paternels, n'ayant aucun intérêt à cette qualité qui leur doit être étrangère, puisque, quand le légataire renoncerait à cette qualité, ils n'en profiteraient pas.

Par les mêmes raisons on doit décider qu'un héritier aux meubles et acquêts, et propres maternels, peut être légataire du quint des propres paternels.

Quoique ces raisons soient très décisives, il faut néanmoins convenir que

---

[1] Il y a aujourd'hui uniformité de législation pour toute la France; de semblables questions ne pourront donc pas s'élever à l'égard des biens situés à l'étranger, il faudra suivre la loi de la situation.

la jurisprudence n'est pas bien constante sur ces questions, qu'elles ont été diversement jugées par les arrêts, et qu'il y en a même quelque moderne qui a jugé contre notre sentiment; mais je ne pense pas qu'il doive être suivi.

Un frère consanguin qui succède avec les frères germains du défunt à ses propres paternels, peut-il être légataire des meubles et acquêts? Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés, pour décider la question précédente, ne se rencontrent pas toutes ici; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espèce, que ceux à qui il demande la délivrance de son legs, ne soient pas ses cohéritiers, puisqu'il succède avec eux aux propres paternels; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espèce, qu'ils n'ont aucun intérêt qu'il soit héritier ou non, puisque, s'il ne l'était pas, sa part dans les propres paternels leur accroîtrait. Nonobstant cela, il y a une raison suffisante pour décider, comme dans la question précédente, que cet héritier peut être légataire; cette raison est, qu'il n'est point héritier à l'espèce de biens dont il est légataire: or, suivant le principe que nous avons établi ci-dessus, il faut, pour que la disposition de nos coutumes ait lieu, être héritier de la même espèce de biens dont on est légataire; car, sans cela, les qualités d'héritier et de légataire ne se trouvent pas concourir.

La coutume n'empêche quelqu'un d'être légataire que dans les biens dans lesquels il prend part en qualité d'héritier; c'est ce que signifie cette ancienne règle, *aucun ne peut être aumônier* (c'est-à-dire légataire) *et parsonnier*, (c'est-à-dire, et avoir part en qualité d'héritier); la coutume, en prononçant qu'aucun ne peut être légataire et héritier, ne veut autre chose qu'obliger les héritiers à rapporter, conférer, laisser en masse commune les choses qui leur sont léguées; elle suppose donc que les choses léguées font partie d'une masse à laquelle ils ont droit de prendre part en qualité d'héritiers; donc celui qui n'a aucun droit d'y prendre part, en qualité d'héritier, qui n'en est point héritier, en peut être légataire, quoiqu'il soit héritier d'une autre espèce de biens [1].

Nous avons déjà observé une première différence entre le rapport qui a lieu entre les héritiers de la ligne directe, et ceux de la collatérale, qui est que celui qui a lieu dans la ligne collatérale, ne s'étend, par nos coutumes, qu'aux legs faits à quelqu'un d'eux, au lieu que celui qui a lieu dans la ligne directe, s'étend même aux avantages faits par donations entre-vifs.

Il y a une seconde différence qui est qu'entre enfants, un enfant est tenu non-seulement de rapporter ce qui est donné ou légué à lui-même, mais même ce qui est donné ou légué à ses enfants, ce qui est donné à sa femme, à son mari, lorsqu'il profite de la donation, etc.; au contraire, entre héritiers collatéraux, chacun n'est obligé de rapporter et conférer que ce qui lui a été légué à lui-même; le legs fait à l'un des héritiers n'est pas valable, mais celui fait à quelqu'un des enfants de l'un des héritiers est valable. Arrêt de Louet, lettre D, sommaire 17, n° 1 (arrêts des 4 juillet et 26 septembre 1587). Celui fait à sa femme est valable, quoiqu'il en profite et qu'il tombe en sa communauté [2].

La raison de ces différences est que les biens d'une personne n'étant pas dus à ses héritiers collatéraux comme ils le sont à ses enfants, on n'a pas jugé à propos d'observer l'égalité entre les héritiers collatéraux avec le même scrupule qu'entre les enfants [3].

Il y a néanmoins quelques coutumes qui ne permettent pas de léguer aux enfants de l'héritier collatéral, comme Touraine, art. 301, et les coutumes d'égalité.

---

[1] *V.* art. 732, C. civ., ci-dessus, p. 36, note 2.

[2] *V.* art. 847 et 849, C. civ., ci-dessus, p. 164, note 1, et 165, note 1.)

[3] Les auteurs du Code n'ont point adopté cette raison.

Par la même raison dans ces coutumes, les legs faits à la femme de l'héritier, et généralement tous ceux dont l'héritier profiterait indirectement, doivent être rapportés.

ART. IV. — De la manière dont on procède au partage, et des licitations.

Les partages se font à l'amiable par acte par-devant notaire, ou même souvent par acte sous seing-privé, ou bien ils se font par le juge, ce qui s'observe assez souvent lorsque quelqu'un des copartageants est mineur [1].

Lorsque les parties sont majeures, et qu'elles ne peuvent néanmoins s'accorder sur le partage, le juge, sur la demande de l'une d'entre elles, les renvoie par-devant quelqu'un de leurs parents ou amis communs sur la liste qu'ils en donnent, pour, par lesdits parents ou amis communs, faire le partage et régler leurs contestations.

Quoique quelqu'une des parties soit mineure, on ne laisse pas néanmoins assez souvent de renvoyer devant les parents et amis communs pour éviter les frais d'un partage en justice [2].

Chacun des cohéritiers peut demander à avoir sa part en espèces, des meubles de la succession, aussi bien que des immeubles [3]; pour cela les cohéritiers font entre eux des lots de ces meubles, ou lorsqu'ils ne peuvent s'accorder sur la manière de les composer, ils les font faire par quelque expert convenu entre elles, telles que sont nos revendeuses publiques, ou qu'ils font nommer par le juge, lorsqu'ils n'en peuvent convenir [4].

---

[1] Vr art. 819, 1er alinéa.

Art. 819 : « Si tous les héritiers sont « présents et majeurs, l'apposition des « scellés sur les effets de la succession « n'est pas nécessaire, et le partage « peut être fait dans la forme et par « tel acte que les parties intéressées « jugent convenables.—Si tous les hé- « ritiers ne sont pas présents, s'il y a « parmi eux des mineurs ou des inter- « dits, le scellé doit être apposé dans « le plus bref délai, soit à la requête des « héritiers, soit à la diligence du pro- « cureur du Roi près le tribunal de « première instance, soit d'office par « le juge de paix dans l'arrondissement « duquel la succession est ouverte.»

[2] V. art. 819, 2e alinéa, V. note précédente, 823 et 828, C. civ.; et Code de procédure, art. 966 à 985, C. civ., sous la rubrique *des partages et licitations.*

Art. 823 : Si l'un des cohéritiers re- « fuse de consentir au partage, ou s'il « s'élève des contestations soit sur le « mode d'y procéder, soit sur la ma- « nière de le terminer, le tribunal pro- « nonce comme en matière sommaire, « ou commet, s'il y a lieu, pour les opé- « rations du partage, un des juges, sur « le rapport duquel il décide les con- « testations.»

Art. 828 : « Après que les meubles « et immeubles ont été estimés et ven- « dus, s'il y a lieu, le juge-commissaire « renvoie les parties devant un notaire « dont elles conviennent, ou nommé « d'office, si les parties ne s'accordent « pas sur le choix. — On procède, de- « vant cet officier, aux comptes que les « copartageants peuvent se devoir, à « la formation de la masse générale, à « la composition des lots, et aux four- » nissements à faire à chacun des co- « partageants.»

[3] V. art. 826, C. civ.

Art. 826 : « Chacun des cohéritiers « peut demander sa part en nature des « meubles et immeubles de la succes- « sion : néanmoins, s'il y a des créan- « ciers saisissants ou opposants, ou si « la majorité des cohéritiers juge la « vente nécessaire pour l'acquit des « dettes et charges de la succession, « les meubles sont vendus publique- « ment en la forme ordinaire.»

[4] V. art. 824 et 825, C. civ.

Art. 824 : « L'estimation des immeu- « bles est faite par experts choisis par « les parties intéressées, ou, à leur

On fait autant de lots qu'il y a de copartageants, s'ils ne conviennent pas entre eux sur le choix des lots, ils les tirent au sort[1].

S'il y avait des dettes et autres charges de la succession pour l'acquittement desquelles la vente des meubles fût nécessaire, aucun des héritiers ne serait recevable à en empêcher la vente et à en demander le partage, qu'il n'offrît deniers suffisants pour la part dont il est tenu desdites dettes et charges[2].

S'il n'était pas nécessaire de vendre tout pour l'acquittement desdites charges et dettes, un des héritiers serait bien fondé à demander qu'il n'en fût vendu que jusqu'à concurrence nécessaire, et qu'on commençât par la vente des effets périssables, et de ceux qui sont les moins précieux.

C'est encore une opération des partages, que le *compte mobilier*. On appelle *compte mobilier* le compte des sommes dont chacun des cohéritiers est obligé de faire raison à ses cohéritiers, et de celles dont il lui doit être fait raison[3]. Nous avons expliqué en quoi elles consistaient ci-dessus.

Après le compte mobilier, on dresse une masse de tous les héritages et autres immeubles dont la succession est composée, et on les y couche pour une certaine somme à laquelle on les a estimés.

Cette estimation peut se faire à l'amiable, lorsque tous les copartageants sont majeurs et qu'ils en conviennent; quand ils ne conviennent pas de l'estimation, ils la font faire par un ou plusieurs experts dont ils conviennent, ou qu'ils font nommer par le juge lorsqu'ils ne conviennent pas[4].

Lorsque quelqu'un des copartageants est mineur, l'expert doit être nommé devant le juge.

On ajoute à cette masse les héritages et autres choses sujettes à rapport, lorsqu'il y en a, et ces héritages sujets à rapport doivent être estimés de la même manière que ceux laissés par le défunt en sa succession[5].

On doit distinguer et estimer séparément dans cette masse les biens nobles, lorsque c'est une succession directe, et qu'il y a un aîné qui y a une portion avantageuse, ou lorsque c'est une succession collatérale, et qu'il y a des mâles qui excluent les filles dans ces biens[6].

Il ne faut point comprendre dans cette masse le manoir et le vol de chapon que l'aîné a choisi, car on ne comprend dans la masse que ce qui est à partager.

Lorsqu'il y a différentes espèces de biens auxquels différents héritiers succèdent, on en doit faire autant de masses et de partages séparés.

Lorsque la masse des biens qui sont à partager est composée et fixée, on voit ce qui revient à chacun des copartageants dans cette masse qu'on distri-

---

« refus, nommés d'office. — Le procès-« verbal des experts doit présenter les « bases de l'estimation ; il doit indiquer « si l'objet estimé peut être commodé-« ment partagé ; de quelle manière ; « fixer enfin, en cas de division, cha-« cune des parts qu'on peut en former, « et leur valeur. »

Art. 825 : « L'estimation des meu-« bles, s'il n'y a pas eu de prisée faite « dans un inventaire régulier, doit être « faite par gens à ce connaissant, à « juste prix et sans crue. »

[1] *V.* art. 831, C. civ.

Art. 831 : « Après les prélèvements « (faits conformément aux règles pres-« crites) il est procédé, sur ce qui reste « dans la masse, à la composition d'au-« tant de lots égaux qu'il y a d'héritiers « copartageants, ou de souches copar-« tageantes. »

[2] *V.* art. 826, in fine, C. civ., ci-dessus, p. 183, note 3.

[3] *V.* art. 828, C. civ., ci-dessus, p. 183, note 2.

[4] *V.* art. 824, C. civ., ci-dessus, p. 183, note 4.

[5] *V.* art. 829, C. civ., ci-dessus, p. 159, note 1.

[6] Cette disposition n'a plus d'application aujourd'hui. Le privilége de masculinité n'a plus lieu.

bue, s'il est possible en autant de lots qu'il y a de copartageants, et on assigne à chacun un lot.

Il n'est guère possible que les effets du lot assigné à chacun des copartageants, monte précisément à la somme qui lui revient dans la masse ; lorsqu'il monte à une somme plus forte, on le charge d'un *retour* envers quelqu'un de ceux des copartageants dont le lot se trouve plus faible que la somme qui leur revient dans la masse :—*Vice versâ*, si les effets dont le lot assigné à l'un des copartageants est composé, monte à une somme moindre que la somme qui lui revient dans la masse, on l'en récompense par un *retour* dont on charge envers lui le lot le plus fort [1].

Le commissaire aux partages qui compose ces lots, doit observer de morceler le moins qu'il peut les héritages de la succession, et de composer les lots d'héritages de proche en proche [2].

Il assigne à chacun le lot qui lui est le plus convenable ; souvent on les fait tirer au sort [3].

Il y a des coutumes où c'est l'aîné qui fait les lots, et le plus jeune qui choisit. Telle est celle d'Anjou, art. 279.

Lorsqu'il n'y a à partager qu'un seul corps d'héritage qui ne peut commodément se partager en autant de portions qu'il y a de copartageants, ou même lorsqu'il y en a plusieurs, mais qu'il n'y en a pas assez pour composer des lots, eu égard au grand nombre des copartageants, les parties ont coutume de convenir de la *licitation*, ou la font ordonner par le juge, lorsque quelqu'une des parties n'y consent pas, ou est mineure.

On appelle *licitation*, l'adjudication qui se fait d'un héritage à celui des cohéritiers qui l'a porté au plus haut prix qu'il est condamné de payer à chacun de ses cohéritiers pour la portion qu'ils ont chacun dans l'héritage, sa portion confuse.

Lorsque les parties sont majeures, cette licitation se fait chez un notaire, elle se fait entre les seuls copartageants, on n'admet point de personnes étrangères à enchérir.

Néanmoins si quelqu'un des cohéritiers remontre qu'il n'a pas le moyen d'enchérir, et requiert en conséquence que les enchères des étrangers soient admises, ses cohéritiers doivent y consentir, et s'ils n'y consentent pas, il peut le faire ordonner par le juge.

Lorsqu'on est convenu de cette licitation, ou que le juge l'a ordonnée, on expose des affiches qui annoncent le jour et le notaire chez qui se fera la licitation, l'héritage qui est à liciter, ses charges, les conditions sous lesquelles se fera la licitation, afin que chacun puisse porter son enchère.

Lorsque quelqu'un des copartageants est mineur, la licitation doit être ordonnée par le juge, et elle ne le peut qu'il ne soit constant par un rapport d'experts, ou par la nature même de la chose, que l'héritage ne se peut partager.

---

[1] *V.* art. 833, C. civ. Toutes ces dispositions sont consacrées par le Code.

Art. 833 : « L'inégalité des lots en « nature se compense par un retour « soit en rente, soit en argent. »

[2] *V.* art. 832, C. civ.

Art. 832 : « Dans la formation et « composition des lots, on doit éviter, « autant que possible, de morceler les « héritages et de diviser les exploita- « tions ; et il convient de faire entrer « dans chaque lot, s'il se peut, la même « quantité de meubles, d'immeubles, « de droits ou de créances de même « nature et valeur. »

[3] *V.* art. 834, C. civ.

Art. 834 : « Les lots sont faits par l'un « des cohéritiers, s'ils peuvent convenir « entre eux sur le choix, et si celui « qu'ils avaient choisi accepte la com- « mission : dans le cas contraire, les « lots sont faits par un expert que le « juge-commissaire désigne.— Ils sont « ensuite tirés au sort. »

La licitation ne se fait pas en ce cas chez un notaire, mais à l'audience du juge, et l'adjudication pure et simple ne se fait qu'après trois remises.

Il est aussi de nécessité d'y admettre les enchères des étrangers [1].

ART. V. — De l'effet des partages et licitations, et des actions de garantie qui en naissent.

§ Ier. *De l'effet des partages.*

Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers, et de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière que chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt à tous les effets compris en son lot, et n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans les lots de ses cohéritiers. Le partage n'est donc pas considéré comme *un titre d'acquisition* par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot, mais c'est seulement un *acte déterminatif* des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers, qui n'était qu'héritier en partie, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeait.

Chaque héritier n'acquiert donc rien par le partage de ses cohéritiers, il tient tout du défunt immédiatement [2].

De là il suit : 1° que les partages ne donnent aucune ouverture aux profits féodaux ni censuels, suivant que nous l'avons vu en notre *Traité des fiefs*.

De là il suit : 2° que les hypothèques des créanciers de chacun des cohéritiers se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur et qui sont susceptibles d'hypothèques, et qu'elles s'évanouissent et s'éteignent entièrement lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur que des choses mobilières et non susceptibles d'hypothèques, et qu'en conséquence, chacun des cohéritiers n'est aucunement tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

De tout ceci il suit aussi que chacun des cohéritiers n'a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu'il avait dans la succession qui lui est échue, que tel qu'il l'avait, *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. L. 54, ff. *de Reg. Jur.* Or chacun des cohéritiers n'avait, avant le partage, qu'un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devait se restreindre et se déterminer aux effets qui lui écherraient par le partage pour

---

[1] *V.* art. 827, 1686, 1687, C. civ.
Art. 827 : « Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, « il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal.—Cependant les parties, si elles sont toutes « majeures, peuvent consentir que la « licitation soit faite devant un notaire, « sur le choix duquel elles s'accordent.»
Art. 1686 : « Si une chose commune « à plusieurs ne peut être partagée « commodément et sans perte ; — Ou « si, dans un partage fait de gré à gré « de biens communs, il s'en trouve « quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, — La vente s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre « les copropriétaires.»
Art. 1687 : « Chacun des copropriétaires est le maître de demander que « les étrangers soient appelés à la licitation : ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires « est mineur.»

[2] *V.* art. 883, C. civ.
Art. 883 : « Chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans « son lot, ou à lui échus sur licitation, « et n'avoir jamais eu la propriété des « autres effets de la succession.»

son lot; les hypothèques de ses créanciers doivent donc pareillement se restreindre et se déterminer aux seuls effets compris en son lot qui sont susceptibles d'hypothèque et s'évanouir entièrement, s'il ne lui échoit en son lot aucunes choses qui en soient susceptibles : le cohéritier n'étant censé avoir succédé qu'à ce qui échoit en son lot, n'a pu hypothéquer à ses créanciers que les effets qui lui écherraient dans son lot, et rien s'il ne lui échoit dans son lot aucune chose susceptible d'hypothèque. D'ailleurs, comme nous l'avons observé, chaque cohéritier étant censé tenir du défunt tout ce qui est échu en son lot, et ne tenir rien de ses cohéritiers, il suit de là qu'il ne peut être tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

Il faut néanmoins convenir que notre jurisprudence est en ce point contraire au droit romain; la chose qui échoit au lot d'un cohéritier ou autre copropriétaire, demeure chargée des hypothèques que l'autre cohéritier ou copropriétaire avait imposées sur la portion indivise qu'il y avait avant le partage. L. 6, § 8, ff. *Commun. divid.* La raison de cette différence vient de la différente manière de considérer le partage. Dans le droit romain, on le considérait comme une acquisition respective que chaque copartageant fait des portions que ses copartageants avaient avant le partage dans les effets qui échoient en son lot; au contraire, par notre jurisprudence, le partage n'est point considéré comme une acquisition [1], mais de la manière que nous l'avons dit. Notre jurisprudence est beaucoup plus commode que le droit romain; les hypothèques étant extrêmement multipliées parmi nous, on n'aurait pu faire aucun partage sûrement si on ne se fût écarté du droit romain.

Il résulte de ceci que les créanciers d'un cohéritier ayant un très grand intérêt au partage de la succession échue à leur débiteur, peuvent y intervenir, et empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur rien que des choses mobilières non susceptibles d'hypothèque [2].

§ II. *Des différentes espèces de retour de partage.*

Nous avons vu dans l'article précédent que lorsqu'un lot était trop fort, on le chargeait d'un *retour* envers quelqu'un des cohéritiers dont le lot était trop faible.

Ce *retour* consiste, ou dans une rente dont on charge le lot trop fort, ou dans une somme d'argent, suivant que les copartageants en conviennent [3].

Lorsque ce retour consiste dans une rente; par exemple, lorsqu'il est dit par le partage, que sur un tel lot il retournera à l'autre 20 livres de rente, cette rente est une vraie rente foncière dont les héritages compris en ce lot sont chargés, à moins qu'on ne soit convenu de n'en charger qu'un des héritages de ce lot.

Le cohéritier envers qui le lot est chargé de ce retour de rente, a donc sur les héritages du lot qui en sont chargés tous les privilèges du seigneur de rente foncière que nous expliquerons en parlant du contrat de *bail à rente*.

Cette rente n'est pas rachetable, à moins qu'on ait stipulé par une clause de partage qu'elle le pourrait être [4].

---

[1] *Plus commode*, cela est certain, mais ce n'est qu'une fiction, et le droit romain s'était conformé à la réalité.

[2] *V.* art. 882, C. civ.

Art. 882 : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

[3] *V.* art 833, C. civ., ci-dessus, p. 185, note 1.

[4] *V.* art. 530, C. civ.

Art. 530 : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente

En ce cas, comme la faculté de rachat ne vient point de la nature de la rente qui, nonobstant cette clause, a toujours la nature de rente foncière, mais uniquement de la convention, il suit de là que le droit de la racheter est sujet à la prescription de trente ans, et que si le cohéritier débiteur de cette rente n'use pas du droit de la racheter pendant ledit temps de trente ans, il ne peut être recevable au rachat.

La rente dont un lot est chargé par le partage étant une rente foncière, il suit de là que ce n'est pas tant le cohéritier à qui le lot chargé de cette rente est échu qui en est le débiteur, que ce sont les héritages de ce lot qui en sont chargés. Le cohéritier ne doit donc cette rente que comme détenteur des héritages de ce lot ; il peut donc s'en libérer en offrant de les déguerpir, à moins qu'il n'y eût clause par le partage par laquelle il se serait obligé *à fournir et faire valoir cette rente*, car cette clause exclut le déguerpissement, et oblige personnellement celui qui a subi cette obligation, suivant que nous le verrons au *Traité du déguerpissement*[1].

Par la même raison, si le cohéritier à qui est échu le lot chargé de cette rente, a aliéné tous les héritages de ce lot, et n'en possède plus rien, il cesse d'être tenu de cette rente; si néanmoins le partage contenait la clause *de fournir et faire valoir la rente*, il y demeurerait subsidiairement obligé au cas que le créancier ne pût s'en faire payer sur les héritages qui en sont tenus.

Lorsque le lot trop fort a été chargé de retourner une somme d'argent à quelqu'un des cohéritiers dont le lot était trop faible, ce retour est une dette personnelle du cohéritier à qui le lot chargé de ce retour est échu, il contracte par le partage cette dette envers son cohéritier envers qui il en est chargé.

Cette dette doit se payer dans les termes portés par le partage ; et s'il n'est fait mention d'aucun terme, elle est exigible incontinent.

Le cohéritier à qui ce retour est dû, a une hypothèque privilégiée sur tous les effets du lot qui en est chargé [2], cette créance, quoique mobilière et exigible, lui produit les intérêts qui courent du jour du partage, quand même ils n'auraient point été stipulés [3].

« d'un immeuble, ou comme condition « de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.—Il est néanmoins permis au créancier de régler « les clauses et conditions du rachat. « — Il lui est aussi permis de stipuler « que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, « lequel ne peut jamais excéder trente « ans : toute stipulation contraire est « nulle.»

[1] Une pareille rente constituerait aujourd'hui une véritable action personnelle, qui exclurait l'idée de déguerpissement, et dont serait tenu le cohéritier lors même qu'il aurait aliéné tous les immeubles qui composent son lot.

[2] *V.* art. 2103, § 3ᵉ, C. civ., et 2109, C. civ.

Art. 2103 : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont, — « 1°.... — 3° Les cohéritiers, sur les « immeubles de la succession, pour la « garantie des partages faits entre eux, « et des soulte ou retour de lots. »

Art. 2109 : « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége sur les « biens de chaque lot ou sur le bien licité, pour les soulte et retour de lots, « ou pour le prix de la licitation, par « l'inscription faite à sa diligence, dans « soixante jours, à dater de l'acte de « partage ou de l'adjudication par licitation : durant lequel temps aucune « hypothèque ne peut avoir lieu sur le « bien chargé de soulte ou adjugé par « licitation, au préjudice du créancier « de la soulte ou du prix.»

[3] Ces intérêts ne sont que la compensation de la jouissance d'une part plus forte, qu'obtient le cohéritier dé-

Le cohéritier qui en est débiteur ayant dès ce jour la jouissance de tous les héritages compris en son lot, doit payer dès ce jour les intérêts de cette somme, qui est le prix de ce qu'il a d'héritages de plus qu'il ne lui revenait dans la masse, car tout débiteur d'une somme qui est le prix d'héritages dont il jouit, en doit, *ex naturâ rei*, les intérêts du jour qu'a commencé sa jouissance, n'étant pas juste qu'il jouisse tout à la fois et de l'héritage et du prix; c'est ce que nous avons établi en notre *Traité du contrat de vente*, et cela ne souffre aucune difficulté.

Lorsque le lot trop fort est chargé envers un autre cohéritier de lui retourner une somme, et que tout de suite par le partage on lui constitue une rente pour le prix de cette somme; par exemple, s'il est dit que celui à qui un tel lot écherra retournera à un tel autre lot la somme de 400 livres pour le prix de laquelle somme il lui fera 20 livres de rente; cette rente n'est point une rente foncière; car, dans cette espèce, le retour consistait en une somme de deniers; les héritages compris dans le lot chargé du retour n'ont point été chargés du retour d'une rente; c'est le cohéritier chargé du retour de la somme de deniers qui, pour le prix de cette somme qu'on n'a point exigée de lui, en a constitué une rente envers le cohéritier envers qui il était chargé de ce retour.

Cette créance est donc une rente constituée, une rente personnelle; le créancier à qui elle est due n'a point pour cette rente les priviléges attribués aux seigneurs de rente foncière; cette rente est toujours rachetable, l'étant par sa nature; mais, d'un autre côté, le cohéritier qui en est le débiteur, ne cesse point d'en être principalement tenu, quoiqu'il ait aliéné les héritages compris dans son lot; car c'est lui qui en est personnellement et principalement débiteur, les héritages n'y sont qu'hypothéqués par privilége; par la même raison, il est évident qu'il ne pourrait s'en libérer en offrant le déguerpissement des héritages de son lot [1].

§ III. *De la garantie de partage.*

De l'égalité qui doit être entre les héritiers qui partagent une même succession et un même patrimoine, naît l'obligation qu'ils contractent réciproquement les uns envers les autres de se garantir la libre possession des effets qui échoient dans le lot de chacun; car il est évident que cette égalité serait blessée, si l'un des cohéritiers souffrait l'éviction d'effets échus en son lot, et qu'il ne fût pas récompensé de cette perte par ses cohéritiers; puisqu'il se trouverait avoir une portion dans la succession, moindre que la leur.

Cette obligation de garantie est établie par la loi 14, Cod. *fam. ercisc.* Quelques coutumes en ont des dispositions; et il n'est pas douteux qu'elle a lieu dans celles qui ne s'en expliquent pas, étant fondée sur une équité naturelle.

Elle a lieu de quelque manière que le partage ait été fait, à l'amiable ou par le juge, ou même lorsque le défunt a fait lui-même le partage de ses biens entre ses enfants, même dans les provinces où les prélegs sont permis,

---

biteur de la soulte. *V.* art. 1652, C. civ.

Art. 1652 : « L'acheteur doit l'intérêt « du prix de la vente jusqu'au paiement « du capital, dans les trois cas suivants : « — S'il a été ainsi convenu lors de la « vente; — Si la chose vendue et li- « vrée produit des fruits ou autres re- « venus; — Si l'acheteur a été sommé « de payer. — Dans ce dernier cas, l'in- « térêt ne court que depuis la somma- « tion. »

[1] Nous pensons que cette rente serait régie par l'art. 530, C. civ., elle serait essentiellement rachetable. *V.* ci-dessus, p. 187, note 2.

car la présomption est que le père, en faisant ce partage envers ses enfants, a voulu l'égalité entre eux.

Pour que l'éviction soufferte par un cohéritier donne lieu à cette garantie, il faut, — 1° Qu'elle procède d'une cause ancienne et qui existât au temps du partage, et non d'une cause survenue depuis ; — 2° Qu'elle ne procède point de la nature de la chose donnée par le partage pour être de telle nature ; — 3° Que le cohéritier ne l'ait pas souffert, par sa faute ; — 4° Que ce ne soit pas une espèce d'éviction qui ait été exceptée de l'obligation de la garantie par une clause particulière du partage [1].

Nous disons, — 1° Que l'éviction doit procéder d'une cause ancienne, et qui existât au temps du partage. Par exemple, s'il est échu dans le lot d'un cohéritier un héritage qui fût hypothéqué à un créancier de celui qui l'avait vendu au défunt, et que cet héritier ait souffert l'éviction de cet héritage sur l'action hypothécaire de ce créancier, cette éviction donnera lieu certainement à la garantie de partage ; car elle procède de l'hypothèque que ce créancier avait dès le temps du partage sur cet héritage, et par conséquent d'une cause qui existait au temps du partage.

Au contraire, si j'ai souffert l'éviction d'une pièce de terre échue à mon lot, qu'on m'a prise pour y faire un grand chemin, il n'y a pas lieu à la garantie de partage, quoique je n'aie pu obtenir du prince aucun dédommagement ; car cette éviction procède d'une cause nouvelle et survenue depuis le partage, dont, par conséquent, mes cohéritiers ne me sont point garants ; les héritages qui me sont échus par mon lot de partage devant être à mes risques depuis le partage. Cette pièce de terre dont j'ai souffert l'éviction pour une cause survenue depuis le partage, m'était, lors du partage, aussi avantageuse que les effets échus dans le lot de mes cohéritiers, qui n'ont souffert aucune éviction, et par conséquent le partage ne contient aucune inégalité pour laquelle il puisse m'être dû aucune récompense ; mais l'héritage qui, dès le temps du partage, était hypothéqué à un créancier, et par conséquent sujet à l'éviction, était, dès ce temps, un effet qui ne m'était pas si bon que les effets échus dans les lots de mes cohéritiers, qui n'étaient sujets à aucune éviction, dès ce temps mon lot n'était pas si bon que les leurs ; il y avait, dès ce temps inégalité qui donne lieu à la garantie pour que j'en sois récompensé.

Nous avons dit, — 2° que pour qu'il y ait lieu à la garantie de partage, il fallait que l'éviction ne procédât pas de la nature même de la chose donnée par le partage pour être de telle nature. Par exemple, s'il m'est échu dans mon lot la seigneurie utile d'une maison pour le temps de quinze ans qui en restait à expirer, et qu'elle ait été déclarée telle par le partage, l'éviction que je souffre de cette maison par l'expiration des quinze années qui en restaient à expirer ne donne lieu à aucune garantie de partage ; car c'est une éviction qui procède de la nature même de la chose qui a été donnée pour telle par le partage, y ayant été déclaré réversible au bout de quinze ans.

Cette éviction ne donne aucune atteinte à l'égalité qui doit être entre les lots, car elle est entrée en considération, et la chose sujette à cette éviction en a été estimée d'autant moins.

Que si elle n'avait pas été déclarée réversible par le partage, ou qu'elle eût été déclarée réversible après un temps plus long que celui après lequel elle

---

[1] *V.* art. 884, C. civ.

Art. 884 : « Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns « envers les autres, des troubles et « évictions seulement qui procèdent « d'une cause antérieure au partage. « — La garantie n'a pas lieu, si l'espèce d'éviction soufferte a été ex« ceptée par une clause particulière et « expresse de l'acte de partage ; elle « cesse, si c'est par sa faute que le co« héritier souffre l'éviction. »

l'était effectivement, il n'est pas douteux qu'en ce cas il y aurait lieu à la garantie.

3° Nous avons dit, en troisième lieu, qu'il fallait que l'éviction ne fût pas arrivée par sa faute; car, en ce cas, il doit s'imputer à lui-même la perte qu'il souffre; il est juste que ce soit lui qui souffre de sa propre faute, et non ses cohéritiers. C'est pourquoi si un cohéritier, après avoir été mis en possession d'une pièce de terre par le partage, en laisse usurper la possession par son voisin, et qu'après la possession acquise au voisin, par an et jour, il donne la demande en revendication contre ce voisin, dans laquelle il succombe faute de justifier qu'elle lui appartînt, il n'y a pas lieu à la garantie contre ses cohéritiers; car c'est par sa faute qu'il souffre l'éviction de cette pièce de terre, il aurait pu la conserver, s'il n'en avait pas laissé usurper la possession.

Un autre exemple d'éviction soufferte par la faute du cohéritier, c'est lorsqu'il a omis d'opposer une prescription qui lui était acquise contre la demande sur laquelle il a été évincé. Mais s'il a eu soin, comme il le doit, d'appeler en garantie ses cohéritiers lorsqu'il a été assigné, ses cohéritiers ne pourront pas lui opposer cette faute; car étant appelés en garantie, ils étaient tenus de le défendre, et, par conséquent, d'opposer toutes les prescriptions qui pouvaient être opposées contre la demande, et, par conséquent, ils ne sont pas recevables à opposer au cohéritier qui a souffert l'éviction qu'il n'a pas opposé cette prescription; car étant tenus eux-mêmes de l'opposer, ils ne peuvent être recevables à lui reprocher une faute qui leur est commune avec lui.

Enfin nous avons dit, — 4° Qu'il fallait que ce ne fût pas une espèce d'éviction qui eût été exceptée de la garantie par une clause particulière du partage, comme par exemple, si une métairie est assignée dans un lot avec cette clause, que « de cette métairie dépend un minot de terre situé en tel endroit pour raison duquel il y a contestation avec le voisin dont celui à qui le lot écherra se défendra comme il pourra. » On peut imaginer mille autres exemples.

Lorsque les conditions que nous avons requises concourent, il y a lieu à la garantie, et il n'importe quelle espèce d'éviction le cohéritier ait soufferte.

Il n'importe que ce soit ou sur une action de revendication de la part du vrai propriétaire de l'héritage qui lui a été donné en son lot comme appartenant à la succession, quoiqu'il ne lui appartînt pas, ou sur une action *ex testamento* de la part d'une personne qui y avait droit en vertu d'une substitution ouverte à son profit par la mort du défunt, ou sur quelque autre action que ce soit.

Pareillement il y a lieu à la garantie, soit que le cohéritier ait souffert l'éviction entière de l'héritage, soit qu'il ait été obligé de se soumettre à quelque charge réelle ou à quelque servitude dont il était chargé, sans que cette charge ou servitude ait été déclarée par le partage; car c'est une espèce d'éviction qu'il souffre, puisqu'il ne peut avoir une possession aussi pleine et aussi libre de l'héritage qu'elle lui avait été donnée par le partage.

Il faut excepter de cette décision les charges seigneuriales dont les héritages sont chargés par la coutume des lieux, et les servitudes visibles. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient déclarées par le partage pour exclure l'action de garantie, parce que le cohéritier a dû le prévoir.

Vice versâ, si quelque héritage a été donné par partage à un cohéritier, comme ayant quelques droits de servitude sur des héritages voisins, et qu'il soit jugé que cet héritage n'avait point ces droits, c'est une éviction qu'il souffre qui donne lieu à la garantie.

En bref, toutes les fois que les choses échues en mon lot ne sont pas telles qu'elles ont été déclarées être par le partage, et que j'ai intérêt qu'elles soient, il y a lieu à la garantie de partage, quand même je ne souffrirais pas d'évic-

tion, comme si l'héritage qui est échu dans mon lot est d'une moindre contenance que celle déclarée par le partage.

On demande si la connaissance que l'héritier aurait eue, lors du partage, de la cause de l'éviction qui est survenue depuis doit l'exclure de la garantie ? Il faut dire que non, si cette éviction à laquelle l'héritage était sujet n'est point entrée en considération dans le partage, et qu'il ait été estimé comme s'il n'y était pas sujet ; car ce qui donne lieu à la garantie de partage est l'inégalité que l'éviction cause, laquelle se rencontrant également dans le cas où le cohéritier qui a souffert l'éviction a eu connaissance de la cause de l'éviction, comme dans le cas auquel il n'en a pas eu connaissance, il doit y avoir également lieu à la garantie en l'un et l'autre cas.

Que s'il paraissait que le cohéritier, au lot duquel l'héritage est tombé, eût été par le partage chargé des risques de l'éviction, que pour cet effet on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur, en ce cas il n'est pas douteux qu'il n'y aurait pas lieu à la garantie.

Aussitôt qu'un héritier est assigné sur quelque demande tendante à éviction, il lui est important d'appeler incontinent en garantie ses cohéritiers : — 1° Parce qu'ils ne sont tenus de l'acquitter des frais pour la part dont ils sont héritiers que du jour qu'ils sont appelés en cause, il n'a aucun recours contre eux pour tous ceux qui se font dans le temps intermédiaire ; — 2° S'il s'était laissé condamner sans avoir fait statuer en même temps sur la garantie, il pourrait arriver qu'il n'eût aucun recours contre eux ; car, pour qu'il l'eût, il faudrait qu'il leur justifiât qu'il a été justement condamné, sans quoi ses cohéritiers se défendraient valablement, en lui disant que, s'ils avaient été appelés, ils auraient pu se défendre mieux que lui, et empêcher la condamnation intervenue contre lui ; que d'ailleurs l'éviction qu'il souffre *per injuriam judicis*, est une éviction qui ne procède pas d'une cause existante au temps du contrat, mais d'une autre cause nouvelle, et qui ne peut par conséquent donner lieu à la garantie [1].

L'obligation de la garantie consiste en ce que chacun des cohéritiers est obligé, pour la portion dont il est héritier, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. Par ce moyen, l'inégalité que l'éviction causait dans les lots est réparée : *finge ;* un homme laisse 12,000 livres de biens qui sont partagés entre six cohéritiers qui ont chacun un lot de 2,000 livres ; l'un d'eux souffre une éviction de 600 livres qui réduit son lot à 1,400 livres, chacun de ses cohéritiers est obligé de l'indemniser de cette perte pour la portion dont il est héritier, c'est-à-dire, une sixième portion qui se monte à 100 livres ; il recevra donc 500 livres de ses cinq cohéritiers, et il ne manquera plus sur son lot de 2,000 livres que la somme de 100 livres, et il manquera aussi sur le lot de 2,000 livres de chacun de ses cohéritiers, la somme de 100 livres qu'ils ont été obligés de lui donner, et, par ce moyen, l'égalité sera parfaitement rétablie entre eux [2].

Si quelqu'un des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction à un recours de garantie, était insolvable, cette insolvabilité serait une nouvelle

[1] *V.* art. 1640, C. civ. qui consacre cette doctrine.

Art. 1640 : « La garantie pour cause « d'éviction cesse lorsque l'acquéreur « s'est laissé condamner par un juge- « ment en dernier ressort, ou dont « l'appel n'est plus recevable, sans ap- « peler son vendeur, si celui-ci prouve « qu'il existait des moyens suffisants « pour faire rejeter la demande. »

[2] *V.* art. 885, C. civ., 1er alinéa.

Art. 885 : « Chacun des cohéritiers « est personnellement obligé, en pro- « portion de sa part héréditaire, d'in- « demniser son cohéritier de la perte « que lui a causée l'éviction. — Si l'un « des cohéritiers se trouve insolvable, « la portion dont il est tenu doit être « également répartie entre le garanti « et tous les cohéritiers solvables. »

perte qu'il souffrirait dans son lot, laquelle devrait pareillement être répartie entre lui et ses cohéritiers solvables; *finge*, en retenant la même espèce que ci-dessus, que trois des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction a recours, sont entièrement insolvables, cette insolvabilité lui cause une perte de 300 livres qu'ils lui devaient pour leurs trois portions dont ils étaient tenus de la garantie; cette perte de 300 livres doit être partagée entre lui et les deux autres cohéritiers solvables qui doivent en porter chacun 100 livres [1].

On suit d'autres principes à l'égard de la garantie des offices; car comme l'office est aux risques de l'enfant à qui on l'a donné, il suit de là qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Il en est encore autrement de la garantie des rentes, car il y a lieu à cette garantie, lorsque la rente devient caduque par l'insolvabilité des débiteurs, quand même la caducité n'arriverait que plus de cent ans après le partage, et cette caducité s'établit par la discussion des débiteurs et des biens sujets à la garantie.

Quelle est la raison sur laquelle peut être fondée cette garantie? Toutes les autres choses commencent, dès l'instant du partage, à être aux risques du cohéritier au lot duquel elles sont échues, si elles viennent à périr depuis le partage, comme par exemple si une maison brûle ou tombe de vétusté, ses cohéritiers ne lui en sont point garants, il en souffre la perte sans aucun recours. Pourquoi, de même, une rente qui lui sera échue depuis le partage, n'est-elle pas à ses risques? Pourquoi les cohéritiers lui sont-ils garants de sa caducité? La raison est qu'une rente est un être successif, composé de parties qui doivent se succéder les unes aux autres jusqu'au rachat qui s'en peut faire, et qui de sa nature doit durer jusqu'au rachat. Le cohéritier à qui elle est échue par le partage, ne l'a donc point entière, lorsqu'elle cesse d'être payable, il faut donc que ses cohéritiers la lui parfournissent, en la lui continuant jusqu'au rachat [2]. Il n'en est pas de même d'une maison ou autre chose, ces êtres ne consistent point dans une succession de parties; dès le premier instant que j'ai une maison, j'ai tout son être; si elle vient à périr par quelque cas fortuit, c'est une suite de sa nature. Les maisons, au contraire, comme tous les autres ouvrages des hommes, ne sont pas de nature à toujours durer.

Pour qu'il y ait lieu à cette garantie, il faut que ce ne soit pas par la faute de l'héritier à qui la rente est échue, qu'elle soit devenue caduque, comme s'il avait laissé prescrire les hypothèques qu'il aurait pour cette rente, s'il les a laissé éteindre en manquant de s'opposer au décret pour les conserver.

Cette garantie consiste en ce que chaque cohéritier est tenu de continuer la rente pour la portion dont il est héritier, à celui à qui elle était échue, et

---

[1] *V.* art. 885, C. civ., 2e alinéa, note précédente.

[2] La doctrine du Code sur la garantie des rentes, est bien différente.

1° Toute insolvabilité du débiteur de la rente, survenue après le partage, est pour le compte du cohéritier dans le lot duquel se trouvait la rente sans aucun recours, à cet égard, contre ses cohéritiers.

2° La durée de l'action en garantie pour insolvabilité existant à l'époque du partage, ne dure que cinq ans. Probablement par la raison que, plus on s'éloigne d'une époque, plus aussi il est difficile de constater si telle personne était ou non solvable à cette même époque. *V.* art. 886, C. civ.

Art. 886 « : La garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut « être exercée que dans les cinq ans « qui suivent le partage. Il n'y a pas « lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est « survenue que depuis le partage consommé.»

Les partages peuvent être rescindés pour cause de cette lésion;

1° Quand même ils auraient été faits en justice;

2° Quoique les lots aient été tirés au sort; car l'intention des parties a été que les lots fussent égaux, et n'a pas été de faire un contrat aléatoire;

3° Quand même le partage aurait été qualifié par le notaire de *transaction.* Il est vrai que, selon l'édit des transactions, on ne peut être restitué contre une transaction, pour quelque lésion que ce soit; mais cet édit ne s'étend pas à des actes qui n'ont de la transaction que le nom, et qui au fond ne contiennent qu'un partage [1].

4° La vente qu'un des cohéritiers fait à l'autre de sa part dans les immeubles de la succession tenant lieu de partage, doit être aussi sujette à restitution, pour la seule lésion d'outre le quart. Que s'il vendait ses droits successifs à son cohéritier, quoique cette vente tienne aussi lieu de partage, elle n'est guères sujette à rescision; car l'*incertum æris alieni* dont l'acheteur se charge, empêche qu'on ne puisse dire qu'il y a lésion, et met cet acte au rang des contrats aléatoires contre lesquels la restitution pour cause de lésion n'est pas admise [2].

Cette décision n'a lieu que lorsque les deux contractants n'étaient pas plus instruits l'un que l'autre des droits de la succession [3].

La restitution contre les partages doit être demandée par les majeurs dans les dix ans, de même que contre les autres actes [4].

L'effet de cette restitution est qu'on ordonne un nouveau partage; on pour-

---

[1] *V.* art. 888, 1er alinéa, C. civ.

Art. 888 : « L'action en rescision est « admise contre tout acte qui a pour « objet de faire cesser l'indivision entre « cohéritiers, encore qu'il fût qualifié « de vente, d'échange et de transac- « tion, ou de toute autre manière. — « Mais après le partage, ou l'acte qui « en tient lieu, l'action en rescision « n'est plus admissible contre la trans- « action faite sur les difficultés réelles « que présentait le premier acte, même « quand il n'y aurait pas eu à ce sujet « de procès commencé.»

[2] *V.* art. 888, 1er alinéa, note précédente, et 889, C. civ. — La vente qu'un cohéritier fait à son cohéritier de sa part dans les immeubles de la succession est un acte qui, quoique qualifié *vente*, n'a cependant que les effets d'un partage, il fait cesser l'indivision sans entraîner d'obligations indéterminées, il n'a absolument rien d'aléatoire; au contraire, la vente de droits successifs, outre qu'elle fait cesser l'indivision, emporte contre le cohéritier acheteur, l'obligation de payer les dettes qui étaient à la charge du cohéritier vendeur; il y a donc dans ce contrat, plus qu'un partage, il emporte cession de créances et de dettes, quel qu'en soit le montant.

Art. 889 : « L'action n'est pas ad- « mise contre une vente de droit suc- « cessif faite sans fraude à l'un des co- « héritiers, à ses risques et périls, par « ses autres cohéritiers ou par l'un « d'eux.»

[3] C'est ce que les rédacteurs du Code ont voulu probablement exprimer par ces mots: *sans fraude,* de l'art. 889, C. civ., v. note précédente.

[4] *V.* art. 1304, C. civ., *in principio.*

Art. 1304 : « Dans tous les cas où « l'action en nullité ou en rescision « d'une convention n'est pas limitée « à un moindre temps par une loi par- « ticulière, cette action dure dix ans. « Ce temps ne court dans le cas de vio- « lence, que du jour où elle a cessé; « dans le cas d'erreur ou de dol, du « jour où ils ont été découverts; et « pour les actes passés par les femmes « mariées non autorisées, du jour de la « dissolution du mariage. — Le temps « ne court, à l'égard des actes faits par « les interdits, que du jour où l'inter- « diction est levée; et à l'égard de ceux « faits par les mineurs, que du jour de « la majorité.»

rait quelquefois éviter, selon les circonstances, le nouveau partage, en faisant donner un supplément en argent ou héritage à la partie lésée [1].

CHAPITRE V.

Des dettes et autres charges des successions.

ART. Ier. — Quelles sont les dettes et autres charges des successions?

1° Toutes les dettes du défunt résultant des obligations qu'il avait contractées, sont *dettes de la succession.*

Il faut distinguer entre ces dettes les dettes d'une somme de deniers, les dettes d'une chose indéterminée; *putà*, si le défunt s'était obligé de donner à quelqu'un *un cheval de 30 pistoles;* et les dettes d'un corps certain et déterminé, *putà*, si le défunt s'est obligé envers quelqu'un de lui donner *un tel cheval.*

Il faut aussi distinguer les dettes mobilières de sommes exigibles, et les rentes dues par le défunt.

Il y a des dettes de la succession du défunt qui n'ont jamais été dues par le défunt, parce qu'elles ne naissent qu'à sa mort, et qui ne laissent pas d'être dettes de la succession, parce que c'est le défunt qui les a contractées; tel est le douaire d'une certaine somme de deniers ou d'une rente viagère qu'il a constituée à sa femme; tel est le fidéicommis de sommes ou de choses qu'il a été chargé de restituer après sa mort, etc.

2° Les frais funéraires du défunt sont charges de sa succession.

3° Les frais d'inventaire et tous ceux faits pour parvenir à la liquidation et partage des biens.

4° Les legs faits par le défunt sont aussi charges de la succession.

Il faut pareillement à l'égard des legs distinguer, comme nous avons fait à l'égard des dettes, les legs d'une somme de deniers, d'une chose indéterminée, et les legs d'un corps certain; nous verrons par la suite l'usage de cette distinction.

A l'égard des rentes foncières et autres redevances dont les héritages de la succession sont chargés, ce sont des charges particulières des héritages qui en sont chargés, plutôt que des charges de la succession, si ce n'est à l'égard des arrérages qui en ont couru jusqu'à la mort du défunt, lesquels sont dettes de la succession.

Il en est de même des profits et droits de centième denier. Ce sont charges particulières des héritages pour lesquels ces profits et droits sont dus, dont sont tenus seulement ceux qui y succèdent. Que s'il en était dû d'anciens, ils seraient dettes de la succession.

---

[1] *V.* art. 891, C. civ.

Art. 891 : « Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter « le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au « demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, « soit en nature.»

Art. II. — De ceux qui sont tenus des dettes et charges des successions.

Les personnes qui sont tenues des dettes et charges d'une succession, et qui y contribuent, sont les héritiers, tous ceux qui sont à leurs droits, les donataires universels, les légataires universels, et tous successeurs universels tels qu'ils soient [1].

§ Ier. *Des Héritiers.*

Les héritiers, par leur qualité d'héritiers, succèdent à tous les droits tant actifs que passifs du défunt, et par conséquent, à toutes les obligations du défunt, à toutes les dettes.

Lorsqu'un défunt laisse différents héritiers à différentes espèces de biens, comme tous succèdent à la personne du défunt et la représentent, ils succèdent tous aux dettes et obligations personnelles du défunt telles qu'elles soient.

A l'exception de quelques coutumes, telles que celle d'Auvergne, on ne considère ni la cause, ni l'origine des dettes; on considère bien dans l'actif d'une succession l'origine d'où les biens immeubles procèdent, mais on ne considère point ni la cause, ni l'origine du passif des successions [2].

De ce principe naît la décision des questions suivantes.

Une personne a laissé dans sa succession un héritage qu'il a acheté, et dont il doit le prix, et il laisse un héritier aux meubles et acquêts, et un autre héritier aux propres, celui-ci sera-t-il tenu pour sa part héréditaire de la somme qui est due pour le prix de l'acquêt auquel il ne succède point, ou de la rente constituée pour ce prix? — Sans doute; car, suivant notre principe, on ne considère point quelle est la cause des dettes; il suffit que le défunt ait laissé cette dette dans sa succession pour que tous ses héritiers en soient tenus.

Vice versâ, un homme, lors de sa mort, devait à son vigneron le prix des façons faites de son vivant à une maison de vignes qui était un propre paternel, il laisse un héritier au mobilier et un héritier à ce propre paternel, ce dernier sera-t-il tenu seul de la somme due pour le prix des façons faites du vivant de celui auquel il succède? — La raison de douter est que cet héritier aux propres paternels profite seul des fruits pour lesquels ces façons ont été faites; que celui qui a les fruits en doit seul porter les charges, et par conséquent le prix des façons, qui sont une charge des fruits, suivant ce principe du droit romain, *impensæ sunt onera fructuum*. — La raison de décider, au contraire, qu'il n'en est pas seul tenu, et que l'autre héritier doit contribuer à cette dette se tire de notre principe, qu'on ne considère point la cause ni l'origine des dettes; qu'il suffit que le défunt ait laissé dans sa succession cette dette qu'il a contractée envers son vigneron, pour que tous ses héritiers qui lui succèdent à toutes ses obligations en soient tenus. A l'égard de l'objection qu'on fait que l'héritier paternel qui recueille les fruits doit payer les façons qui sont une

---

[1] *V.* art. 724, 1220 (ci-dessus, p. 154, note 1), et 871, C. civ.

Art. 724 : « Les héritiers légitimes « sont saisis de plein droit des biens, « droits et actions du défunt, sous l'o- « bligation d'acquitter toutes les char- « ges de la succession : les enfants na- « turels, l'époux survivant et l'Etat, « doivent se faire envoyer en posses- « sion par justice dans les formes qui « seront déterminées.»

Art. 871 : « Le légataire à titre uni- « versel contribue avec les héritiers, « au prorata de son émolument; mais « le légataire particulier n'est pas tenu « des dettes et charges, sauf toutefois « l'action hypothécaire sur l'immeuble « légué.»

[2] D'après les lois nouvelles, on ne considère ni la nature ni l'origine des biens ou des dettes pour en régler la dévolution.

charge des fruits ; la réponse est que cette règle n'a d'application que lorsque les impenses ont été faites par une personne différente de celle qui recueille les fruits. Alors, suivant cette règle, celui qui recueille les fruits doit rembourser les façons qui en sont une charge à celui qui les a faites, lequel, en faisant ces façons, a fait l'affaire de celui qui a recueilli les fruits, *ejus negotium gessit non suum* ; mais, dans notre espèce, c'est la même personne qui a recueilli les fruits et qui en a fait faire les façons ; car l'héritier qui les a recueillis est censé la même personne que le défunt qui les a fait faire ; il succède à l'héritage en l'état de façons qu'il se trouve lors de la mort du défunt ; il en doit profiter, et la règle que les impenses sont une charge des fruits, ne peut ici recevoir aucune application.

Un homme qui lors de son mariage n'avait que des propres paternels, a constitué un douaire préfix à sa femme d'une somme d'argent ou d'une rente viagère, les héritiers aux propres paternels en seront-ils seuls tenus? La raison de douter est que le douaire préfix tient lieu du coutumier dont ils auraient été seuls chargés. Il faut néanmoins décider, au contraire, que les héritiers aux meubles et acquêts y contribueront ; la raison est qu'on ne considère point la cause des dettes.

Quid, si la femme, par le contrat de mariage, avait le choix du préfix ou du coutumier? Il dépendra de son choix que les héritiers aux meubles et acquêts en soient tenus ou non ; car, si elle choisit le préfix, ils y contribueront ; si elle choisit le coutumier, comme il consiste dans un usufruit, qui est une charge réelle des propres qui y sont sujets, et que le mari avait lors de son mariage, il n'est pas douteux que ceux qui succéderont à ces propres en seront seuls chargés [1].

Jacques, après avoir recueilli la succession aux propres de Pierre, son parent paternel, meurt et laisse lui-même un héritier aux meubles et acquêts et propres maternels, et un autre aux propres paternels, l'héritier paternel, qui profite seul, dans la succession de Jacques, de tout ce que Jacques a eu en actif de la succession de Pierre, doit-il être tenu seul des dettes passives de la succession de Pierre qui se trouvent encore dues ?— Non ; l'héritier maternel de Jacques, quoiqu'il ne profite en rien de la succession de Pierre, doit porter sa part des dettes de Pierre ; la raison en est que les dettes du défunt deviennent les dettes de son héritier, qui a accepté sa succession ; les dettes de Pierre étant donc devenues les dettes de Jacques, l'héritier maternel de Jacques en doit sa part, et il n'importe que les dettes proviennent d'une succession échue à Jacques dont un autre héritier que lui a tout le profit ; car, selon notre principe, on ne considère point dans les successions l'origine des dettes passives.

Cette décision devrait-elle être suivie si Jacques avait été seulement héritier bénéficiaire de Pierre? — La raison de douter est que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des patrimoines du défunt et de son héritier bénéficiaire, d'où il semble suivre que les dettes de la succession de Pierre ne sont point dettes de la succession de Jacques, son héritier bénéficiaire ; que de même que Jacques n'aurait pu être poursuivi sur ses propres biens pour les dettes de Pierre, de même l'héritier maternel de Jacques qui ne succède qu'aux propres biens de Jacques, et qui ne succède à aucuns biens provenus de celle de Pierre, ne peut être tenu des dettes de Pierre ; que c'est l'héritier paternel de Jacques qui trouve dans la succession de Jacques tous les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, qui en doit seul être tenu. — Néanmoins Auzanet, suivi par Lemaître, décide que l'héritier maternel de Jacques doit contribuer aux dettes de Pierre. Sa raison est que la séparation des patrimoines qu'est censé opérer le bénéfice d'inventaire, est une fiction qui n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la succession bénéficiaire, pour les obliger à se venger sur les biens de la succession bénéficiaire pour leurs créances, plutôt que sur

---

[1] Il n'y a plus aujourd'hui de douaire légal.

ceux de l'héritier; mais cela n'empêche pas que l'héritier bénéficiaire étant vraiment héritier du défunt, dont il est héritier bénéficiaire, ne soit vraiment débiteur de ce dont le défunt était débiteur, puisqu'il est de l'essence et de la qualité de l'hériter de succéder à tous les droits actifs et passifs du défunt. Les dettes de la succession bénéficiaire sont donc vraiment devenues les dettes de l'héritier bénéficiaire, quoiqu'il ait le privilége de s'en libérer en abandonnant les biens de la succession bénéficiaire, et de renvoyer les créanciers à se venger sur ces biens. Que si les dettes de la succession bénéficiaire de Pierre sont devenues vraiment les dettes de Jacques, tous les héritiers de Jacques en doivent être tenus, les créanciers de la succession bénéficiaire ne pourront, à la vérité, se venger sur les biens particuliers de Jacques; mais l'héritier paternel de Jacques, qui possède les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, lorsqu'il aura payé lesdits créanciers, aura recours contre l'héritier maternel de Jacques *judicio familiæ erciscundæ*, comme ayant payé une dette devenue dette de Jacques, et à laquelle l'héritier maternel de Jacques doit, par conséquent, contribuer.

On peut apporter un tempérament à la décision d'Auzanet, « qu'on doit entrer dans la discussion du *quid utiliùs* de la succession générale de Jacques, s'il est de l'avantage de cette succession de retenir les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, en payant les dettes de Pierre, ou s'il est, au contraire, de son avantage de les abandonner, pour s'en libérer»; et en ce dernier cas, l'héritier maternel de Jacques ne sera point tenu de contribuer aux dettes de la succession bénéficiaire de Pierre, l'héritier paternel n'ayant pas dû, en ce cas, acquitter lesdites dettes, mais plutôt abandonner les biens.

Quid, si Jacques était mort, à la vérité, après que la succession de Pierre lui est échue, mais avant que de s'être expliqué sur l'acceptation de cette succession, l'héritier maternel de Jacques pourrait-il se dispenser de contribuer aux dettes de la succession de Pierre, en disant qu'il n'entend point accepter du chef de Jacques la succession de Pierre? Cela ne dépendra pas de lui; il faudra entrer dans la discussion de savoir si effectivement la succession de Pierre était avantageuse à Jacques, et s'il se trouve qu'elle l'était, l'héritier paternel de Jacques obligera l'héritier maternel à contribuer aux dettes de la succession de Pierre, devenues dettes de Jacques, qui sera réputé avoir été héritier de Pierre, dont la succession aura été trouvée lui être avantageuse.

Suivant le même principe, il faut décider que les héritiers aux meubles et acquêts de la femme, quoiqu'ils succèdent seuls pour l'actif à la part de la femme en la communauté avec son mari, ne sont pas, néanmoins, seuls tenus de la moitié des dettes de cette communauté que doit porter la succession de la femme; les héritiers aux propres de la femme, quoiqu'ils ne succèdent à rien des biens de la communauté, doivent porter leur part de ces dettes de la communauté pour la moitié dont la succession de la femme est tenue, parce qu'on ne considère point l'origine des dettes, et qu'il suffit que ces dettes soient dettes de la femme pour cette moitié, pour que tous ses héritiers en soient tenus.

Les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, déduction faite de ce qu'il peut devoir à cette même communauté, sont-elles, pour la moitié, dont le prédécédé qui n'en a pas de pareilles à exercer en est tenu, une dette de sa succession à laquelle son héritier aux propres, qui n'a rien à prétendre dans les biens de la communauté, doive contribuer? — Il semble que, suivant notre principe, il y doit contribuer; car cette dette des reprises du survivant est une vraie dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement, *actione pro socio*, pour la part qu'il a en la communauté; c'est pourquoi, selon notre principe, ses héritiers qui sont *juris successores*, qui succèdent à toutes les obligations, y doivent tous contribuer. Cela a été ainsi jugé par arrêt (du 5 août 1519) rapporté par Brodeau, lettre P, sommaire 13, n° 5, et c'est l'avis de Lebrun et de Renusson. Néanmoins plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en doit pas être tenu; ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur parais-

sent devoir être regardées moins comme une créance, que comme donnant à celui qui les a un droit plus fort dans la communauté qu'a le conjoint qui a ces reprises à exercer, lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint, qui n'en a pas de pareilles à exercer, et qu'en conséquence la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses, dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues en son lot après les prélèvements faits au profit du survivant, le surplus des biens de la communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant, qui avait des reprises à exercer; que c'est une suite de l'effet déclaratif et rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages [1].

Quand même cette opinion moderne serait suivie, si les biens de la communauté se trouvaient n'avoir pas été suffisants pour acquitter les reprises de la femme, il n'est pas douteux que ce qui en manquerait serait une vraie dette de la succession du mari à laquelle tous ses héritiers doivent contribuer.

Il paraît aussi qu'en cas de renonciation de la femme à la communauté, on ne peut se dispenser de regarder les reprises de la femme en entier comme une vraie dette de la succession du mari, à laquelle doivent contribuer tous ses héritiers à proportion de ce qu'ils amendent, et non pas seulement l'héritier aux meubles et acquêts qui succède aux biens de la communauté [2].

Le préciput de la femme, qui consiste en une somme de deniers, et stipulé à son profit, même en cas de renonciation, est pareillement une dette de la succession du mari, à laquelle tous les héritiers doivent contribuer lorsque la femme renonce à la communauté; que si elle l'accepte, il faut décider la même chose qu'à l'égard de ses reprises [3].

Quoique les rentes foncières ne soient pas dettes de la succession, comme nous l'avons observé en l'article précédent, mais charges particulières des héritages qui en sont chargés [4], néanmoins, les arrérages qui en ont couru jusqu'au jour du décès du défunt, et qui étaient dus lors de son décès, sont dettes de la succession, et doivent être payés par tous les héritiers.

Cette décision a lieu, non-seulement pour les arrérages dont les termes étaient échus lors du décès, mais même pour ceux du terme courant, dont le terme n'est échu que depuis la mort; car, quoiqu'ils ne fussent pas encore exigibles lors du décès, le terme du paiement n'étant pas encore expiré, ils ne

---

[1] L'art. 1471, C. civ., confirme cette doctrine, car on ne comprendrait pas que les époux eussent le droit de prendre des corps certains en nature, s'ils étaient de simples créanciers, si les reprises étaient des créances et des dettes ordinaires.

Art. 1471 : « Les prélèvements de « la femme s'exercent avant ceux du « mari.—Ils s'exercent pour les biens « qui n'existent plus en nature, d'a« bord sur l'argent comptant, ensuite « sur le mobilier, et subsidiairement « sur les immeubles de la communauté : « dans ce dernier cas, le choix des im« meubles est déféré à la femme et à ses « héritiers.»

[2] C'est que dans ce cas, il n'y a plus de masse commune, il n'y aura pas de partage.

[3] V. art. 1515, C. civ.

Art. 1515 : « La clause par laquelle l'é« poux survivant est autorisé à prélever, « avant tout partage, une certaine « somme ou une certaine quantité d'ef« fets mobiliers en nature, ne donne « droit à ce prélèvement, au profit de « la femme survivante, que lorsqu'elle « accepte la communauté, à moins que « le contrat de mariage ne lui ait ré« servé ce droit, même en renonçant. « — Hors le cas de cette réserve, le « préciput ne s'exerce que sur la masse « partageable, et non sur les biens per« sonnels de l'époux prédécédé.»

[4] Elles sont aujourd'hui dettes de la succession, tant pour le capital que pour les arrérages.

laissaient pas d'être dus; ces arrérages se comptent de jour à jour, et sont dus chaque jour; *dies cedit, quamvis dies solutionis nundùm venerit.*

L'obligation de fournir et faire valoir la rente foncière que le défunt a contractée par la clause du bail qui lui a été fait de l'héritage, est une obligation personnelle du défunt, dont, par conséquent, tous ses héritiers sont tenus; mais comme cette obligation n'est qu'accessoire et subsidiaire à la charge de l'héritage, au cas qu'il ne fût pas suffisant pour la prestation de la rente, les héritiers qui ne succèdent pas à l'héritage ne sont tenus que de cette manière; c'est pourquoi le créancier de la rente peut les assigner, non pour s'obliger directement à la continuation de la rente, mais pour reconnaître qu'ils y sont obligés subsidiairement, au cas que l'héritage qui en est chargé ne fût pas suffisant.

De là il suit que, si l'héritier qui a succédé à cet héritage trouve qu'il ne vaut pas la rente, il peut, sur le refus que le créancier fera d'accepter le déguerpissement qu'il offrira faire de cet héritage, assigner les autres héritiers, pour qu'ils soient tenus de continuer avec lui la rente pour les portions qu'ils ont dans la succession, aux offres qu'il fera de déguerpir l'héritage pour lesdites portions.

Il faut bien prendre garde de confondre avec les rentes foncières les rentes qui sont à prendre par assignat spécial sur un certain héritage; ces rentes sont dues principalement par la personne; l'obligation du fonds sur lequel elle est assignée n'est qu'accessoire à l'obligation personnelle pour la commodité de la perception de la rente, et, par conséquent, ce sont tous les héritiers qui en sont tenus chacun pour la portion qu'ils ont en la succession, et non pas seulement celui qui succède à l'héritage sur lequel est l'assignat.

La règle que nous avons établie « que tous les héritiers du défunt succèdent à toutes les dettes telles qu'elles soient, reçoit deux limitations. »

La première est, que la dette d'un corps certain que le défunt a laissé, n'est due que par ceux qui y succèdent, et non par les héritiers qui succèdent à d'autres espèces de biens. La raison est que, de même que le défunt aurait cessé d'être tenu de la dette de ce corps certain, s'il eût cessé, sans son fait et sans sa faute, de le posséder, de même ceux de ses héritiers qui ne le possèdent point, qui n'y ont point succédé, ne peuvent être tenus de cette obligation. Il ne peut y avoir que ceux qui ont succédé qui en puissent être tenus.

De ce principe naît la décision de la question suivante: — Une personne a vendu pour 10,000 livres à un marchand de bois la coupe d'une futaie sur un de ses propres paternels, et est mort avant que le bois ait été coupé et le prix payé, laissant un héritier au mobilier, et un héritier aux propres paternels, lequel de ces deux héritiers est-il tenu de l'obligation de livrer la futaie que le défunt a vendue, et auquel des deux héritiers la somme de 10,000 livres convenue pour le prix, est-elle due? Il faut décider que c'est l'héritier aux propres qui est seul tenu de l'obligation de livrer la futaie, et de la laisser couper par le marchand, puisque c'est lui seul qui a succédé à cette futaie qui est encore sur pied sur l'héritage propre auquel il a succédé; à l'égard des 10,000 livres dues pour le prix convenu du marché de la futaie, elles ne sont pas dues à l'héritier aux propres qui est tenu de livrer la futaie, mais à l'héritier au mobilier; car ces 10,000 livres ont commencé d'être dues au défunt dès que le marché a été conclu, quoique la futaie vendue ne fût pas encore livrée [1].

Que si le défunt était débiteur d'un corps certain qu'il n'eût pas laissé dans sa succession, parce qu'il se serait témérairement engagé à livrer ce corps

[1] Cette décision devrait être suivie si le défunt avait légué à l'un ses meubles et à l'autre ses immeubles.

certain qui ne lui appartenait point et qu'il ne possédait point, soit parce qu'il aurait cessé de le posséder par son fait en l'aliénant ou en le laissant périr par sa faute; en ce cas il n'est pas douteux que tous ses différents héritiers aux différentes espèces de biens succéderaient à cette obligation du défunt.

La seconde limitation est que, dans plusieurs coutumes, telles que celles de Blois, de Tours, celui qui succède au mobilier est seul chargé des dettes mobilières, c'est une suite de l'ancien esprit de notre droit coutumier; cet esprit étant de conserver, autant qu'il était possible, les héritages dans les familles, on ne permettait pas d'entamer les héritages pour les dettes, tant qu'il y avait du mobilier pour les acquitter; c'est pourquoi, avant l'ordonnance de 1539, les créanciers ne pouvaient saisir les héritages pour être payés de leurs créances avant la discussion des meubles. Pareillement ceux qui succédaient aux héritages n'étaient point tenus des dettes tant qu'il y avait du mobilier pour les acquitter; le genre de *bien mobilier* peu considéré dans notre ancien droit, étant destiné pour les acquitter.

Il paraît même que c'est à l'acquittement de quelque dette que ce fût, que ce mobilier était destiné. Depuis, cet ancien droit, de faire porter au mobilier les dettes du défunt, a été restreint aux dettes mobilières; on n'en connaissait guère autrefois d'autres, les rentes constituées étant, comme tout le monde sait, d'invention moderne, et ayant été regardées lors de leur commencement comme des héritages sur lesquels elles étaient assignées.

Il résulte que ces coutumes sont conformes au plus ancien droit qui s'observait dans le pays coutumier, et ce peut être une raison de douter si leur disposition ne devrait pas être suivie dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la manière dont les différents héritiers doivent contribuer aux dettes. Nonobstant cela, il faut décider que, dans ces coutumes qui ne se sont pas expliquées sur cela, on doit plutôt suivre la disposition des coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans et plusieurs autres, font contribuer tous les différents héritiers à proportion du profit qu'ils ont dans la succession à toutes les dettes mobilières et autres; la raison est que cette disposition est beaucoup plus conforme que l'autre aux principes de droit; tous les héritiers représentent la personne du défunt, succèdent à sa personne, *sunt juris successores*, et par conséquent ils doivent succéder à toutes ses obligations personnelles pour leur part en la succession; cela a été ainsi jugé par arrêt (du 12 juin 1598) rapporté par Brodeau sur Louet (lettre D, sommaire 14, n° 1).

Un Blaisois, dont la coutume charge l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières, laisse en sa succession des propres situés à Blois et d'autres situés dans l'Orléanais, dont la coutume fait porter toutes les dettes par tous les différents héritiers; et il laisse un héritier au mobilier, et un autre héritier aux propres situés tant dans le Blaisois que dans l'Orléanais. Comment seront portées les dettes mobilières? Il faut que l'une et l'autre coutume ait son exécution; pour cela l'héritier aux propres, conformément à la coutume d'Orléans qui lui défère la succession des héritages situés dans son territoire, à la charge de porter sa part de toutes les dettes de la succession même mobilière, portera une part dans lesdites dettes, eu égard à la valeur des héritages situés à Orléans, par rapport à celle de toute la succession, et par ce moyen la coutume d'Orléans sera exécutée. Celle de Blois le sera aussi en ce que cet héritier aux propres ne paiera sa part des dettes mobilières que pour raison des propres situés à Orléans, et qu'il n'en paiera aucune part pour raison de ceux qui sont situés à Blois, l'héritier au mobilier l'en acquittera, et paiera seul toute la portion des dettes mobilières dont sont tenus tous les biens du défunt déférés par la coutume de Blois; par ce moyen la coutume de Blois aura pareillement son exécution.

Dans les coutumes qui chargent l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières, en est-il tenu au delà des forces du mobilier, lorsque le défunt a laissé des propres plus que suffisants pour les payer, auxquels un autre

héritier succède? Il y en a qui pensent qu'il en est tenu, *ultrà vires*, sans aucun recours contre l'héritier aux propres, et on prétend qu'il y a quelque arrêt qui l'a ainsi jugé.—J'aurais de la peine à être de ce sentiment, qui me paraît contraire aux premières notions naturelles; suivant ces notions, *les biens*, de quelque espèce qu'ils soient, *les biens propres* comme *les biens meubles*, doivent être tenus des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno.* Ils en doivent être tenus au moins subsidiairement les uns aux autres; il ne peut donc y avoir d'autre différence entre les coutumes qui chargent l'héritier au mobilier des dettes mobilières, et les nôtres, sinon que dans nos coutumes les biens propres sont tenus des dettes mobilières aussi directement qu'en sont tenus les biens mobiliers, au lieu que dans ces coutumes les biens meubles en sont tenus en premier lieu, et les biens propres en sont tenus subsidiairement; il serait absurde qu'ils n'en fussent pas au moins tenus de cette manière, et que les dettes d'un défunt fussent payées en partie sur le propre bien d'un de ses héritiers, pendant qu'il y aurait dans les biens de sa succession de quoi les payer.

Quoique dans ces coutumes l'héritier au mobilier soit seul tenu des dettes mobilières, il ne laisse pas d'être tenu des rentes dues par la succession, à proportion de ce qu'il amende en la succession, c'est-à-dire, de ce qui lui reste de mobilier, déduction faite des dettes mobilières, et de tout ce qui doit s'acquitter sur le mobilier.

Tous les héritiers sont aussi tenus de toutes les charges de la succession, tels que sont les frais funéraires, les frais d'inventaire, les legs; car il est naturel que tous ceux qui prennent part à la succession prennent part à ses charges.

Il faut excepter de cette règle la plupart des coutumes qui chargent le mobilier de l'acquittement des dettes mobilières; car ces mêmes coutumes le chargent aussi des frais funéraires, quelques-unes même le chargent aussi de l'exécution du testament du défunt; ce qui ne doit s'entendre que de l'acquittement des legs de sommes modiques, et à une fois payer.

La règle que tous les héritiers sont tenus des legs, souffre encore exception, à l'égard des legs d'un corps certain, que le défunt a laissé en sa succession; car ces legs d'un corps certain, comme il a été observé ci-dessus, ne sont dus que par ceux qui succèdent à ce corps certain.

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, et qu'il a chargé de la prestation de quelques legs les héritiers à une certaine espèce de biens nommément, les héritiers aux autres espèces de biens ne seront point tenus desdits legs.

Que s'il avait chargé l'un de ses héritiers à une espèce de biens, de la prestation de quelques legs, quand même il aurait ordonné expressément qu'il ne voulait point que les autres en fussent tenus; les autres devraient y contribuer pour leurs portions héréditaires dans les coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans, ne permettent pas qu'un des héritiers soit plus avantagé que les autres dans les biens d'une succession qu'ils partagent ensemble; car ce serait un vrai avantage que ceux qui ne seraient pas chargés du legs, auraient au-dessus de celui qui en serait chargé, s'ils n'étaient point obligés d'y contribuer avec lui.

Lorsqu'il y a différents héritiers à différentes espèces de biens, les différents partages de ces différentes espèces de biens et les procédures qui y tendent, telles que celles des estimations, etc., sont des charges particulières de la succession particulière de chacune de ces espèces de biens, plutôt que des charges générales de la succession; c'est pourquoi ils ne doivent être portés que par ceux qui succèdent à cette espèce particulière de biens.

A l'égard des frais d'inventaire, ils doivent être partagés par tous les héritiers, parce qu'ils servent à régler la contribution aux dettes qui est à faire entre tous les héritiers.

§ II. *De ceux qui sont aux droits des héritiers.*

Il n'est pas douteux que tous ceux qui sont aux droits d'héritiers, sont tenus des dettes et charges de la succession de la même manière que cet héritier aux droits duquel ils sont.

Par exemple, l'héritier de l'héritier d'un défunt est tenu de toutes les dettes et charges de la succession du premier décédé, de la même manière qu'en était tenu l'héritier à qui il a succédé ; car, par l'acceptation que l'héritier à qui il a succédé a faite de la succession du premier décédé, toutes les dettes et charges de la succession de ce premier décédé sont devenues les propres dettes de l'héritier qui lui a succédé, et, par conséquent, l'héritier de cet héritier en doit être tenu comme de toutes ses autres dettes.

Pareillement le cessionnaire de droits successifs, soit que la cession ait été faite à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe, est tenu des dettes et autres charges de la succession de la même manière que l'héritier qui lui a fait cession de ses droits; car il est de la nature de cette cession que le cessionnaire acquitte l'héritier son cédant de toutes les dettes et charges de la succession ; le cessionnaire prend à ses risques les droits successifs qui lui sont cédés, et comme ils sont composés d'actif et de passif, de même qu'il a tout l'actif il doit supporter aussi tout le passif.

Le cessionnaire des droits successifs est tenu non-seulement des dettes et charges de la succession qui restaient à acquitter au temps de la cession qui lui a été faite, mais même de toutes celles qui avaient été acquittées auparavant; car, de même que le cédant lui fait raison de tout ce qu'il a touché de la succession, de même il doit acquitter son cédant de tout ce qu'il lui en a coûté pour la succession. *Passim tit.*, ff. *de Hæred. et act. vend.*

Par la même raison, le cessionnaire des droits successifs est tenu même de ce que le défunt devait à son cédant, et dont son cédant a fait confusion en devenant héritier; car il doit acquitter son cédant de tout ce qu'il en a coûté à son cédant pour être héritier ; or, il lui en a coûté sa créance dont il a fait confusion, son cessionnaire doit donc l'en acquitter [1]. *V.* L. 2, § 18, ff. *eod. tit.*

Le mari dans la communauté duquel tombent les droits successifs des successions échues à sa femme est, à cet égard, comme un cessionnaire de droits successifs, et, en cette qualité, tenu des dettes desdites successions ; s'il a autorisé sa femme pour les accepter, il en est tenu indéfiniment ; que si la femme s'est fait autoriser par justice sur son refus, il n'est tenu des dettes desdites successions, que jusqu'à concurrence de l'actif qui est tombé en sa communauté, sa femme ne pouvant pas s'obliger sans son consentement au delà de ce qu'il profite [2].

---

[1] *V.* art. 1698, C. civ.

Art. 1698 : « L'acquéreur doit de « son côté rembourser au vendeur ce « que celui-ci a payé pour les dettes « et charges de la succession, et lui faire « raison de tout ce dont il était créancier, « s'il n'y a pas stipulation contraire. »

[2] *V.* art. 1411, 1414, 1415, 1416 et 1417, C. civ.

Art. 1411 : « Les dettes des succes- « sions purement mobilières qui sont « échues aux époux pendant le ma- « riage, sont pour le tout à la charge « de la communauté. »

Art. 1414 : « Lorsque la succession « échue à l'un des époux est en partie « mobilière et en partie immobilière, « les dettes dont elle est grevée ne « sont à la charge de la communauté « que jusqu'à concurrence de la por- « tion contributoire du mobilier dans « les dettes, eu égard à la valeur de « ce mobilier comparée à celle des « immeubles. — Cette portion contri- « butoire se règle d'après l'inventaire « auquel le mari doit faire procéder, « soit de son chef, si la succession « le concerne personnellement, soit

Par la même raison, la femme qui accepte la communauté dans laquelle sont tombées les successions de son mari, est, à cet égard, comme cessionnaire des droits successifs desdites successions pour la moitié qu'elle a dans la communauté, et en conséquence elle est tenue, pour sa moitié des dettes desdites successions, de la même manière qu'elle est tenue de toutes les autres dettes de la communauté, les dettes desdites successions étant devenues dettes de la communauté en laquelle elles sont entrées.

Si tous les biens de la succession échue à l'un des conjoints ne sont pas tombés dans la communauté, comme si cette succession était composée de mobilier qui est tombé dans la communauté, et d'héritages qui sont restés propres au conjoint à qui la succession est échue; ce conjoint portera seul une portion dans les dettes de la succession répondante aux héritages de la succession qui lui sont demeurés propres, et la communauté portera seulement l'autre portion répondante au mobilier qui y est entré. *V.* cette question agitée au long dans le *Traité de la Communauté*.

§ III. *Des donataires et légataires universels et autres successeurs universels.*

Les *donataires et légataires universels* sont ceux qui sont donataires ou légataires, non de choses particulières, mais de l'universalité des biens d'une personne [1], soit du total, soit d'une quotité, comme de la moitié, du tiers, du quart, du dixième des biens, etc.

« comme dirigeant et autorisant les « actions de sa femme, s'il s'agit d'une « succession à elle échue. »

Art. 1415 : « A défaut d'inventaire, « et dans tous les cas où ce défaut « préjudicie à la femme, elle ou ses « héritiers peuvent, lors de la disso- « lution de la communauté, poursuivre « les récompenses de droit, et même « faire preuve, tant par titres et pa- « piers domestiques que par témoins, « et au besoin par la commune re- « nommée, de la consistance et valeur « du mobilier non inventorié. — Le « mari n'est jamais recevable à faire « cette preuve. »

Art. 1416 : « Les dispositions de « l'art. 1414 (ci-dessus) ne font point « obstacle à ce que les créanciers d'une « succession en partie mobilière et en « partie immobilière poursuivent leur « paiement sur les biens de la commu- « nauté, soit que la succession soit « échue au mari, soit qu'elle soit échue « à la femme lorsque celle-ci l'a ac- « ceptée du consentement de son mari; « le tout sauf les récompenses respec- « tives. — Il en est de même si la « succession n'a été acceptée par la « femme que comme autorisée en jus- « tice, et que néanmoins le mobilier « en ait été confondu dans celui de « la communauté sans un inventaire « préalable. »

Art. 1417 : « Si la succession n'a été « acceptée par la femme que comme « autorisée en justice au refus du mari, « et s'il y a eu inventaire, les créan- « ciers ne peuvent poursuivre leur « paiement que sur les biens tant mo- « biliers qu'immobiliers de ladite su- « cession, et, en cas d'insuffisance, « sur la nue propriété des autres biens « personnels de la femme. »

[1] *V.* art. 1003, C. civ., qui définit le légataire universel et l'art. 1009 qui détermine ses obligations.

Le Code appelle légataires *à titre universel* ceux qui ne sont légataires que d'une quote part, *V.* art. 1010, C. civ.; et leurs obligations, quant aux dettes, sont déterminées par l'art. 1012, C. civ. *V.* ci-après.

Art. 1003 : « Le legs universel est « la disposition testamentaire par la- « quelle le testateur donne à une ou « plusieurs personnes l'universalité des « biens qu'il laissera à son décès. »

Art. 1009 : « Le légataire universel « qui sera en concours avec un héritier « auquel la loi réserve une quotité des « biens, sera tenu des dettes et char- « ges de la succession du testateur, « personnellement pour sa part et por-

Quelque petite que soit la quotité dont une personne est donataire ou légataire, fût-ce de la vingtième ou trentième partie, dès que le don ou legs n'est point de choses particulières, mais d'une quotité, comme lorsqu'on a donné ou légué en ces termes, *la vingtième partie, la trentième partie de mes biens*, un tel donataire ou légataire est *donataire universel, légataire universel.*—Au contraire, le donataire ou légataire de certaines choses, comme d'*une telle terre,* d'*une telle maison*, n'est qu'*un donataire* ou *légataire particulier*, quand même ces choses composeraient plus des trois quarts du patrimoine du donateur ou testateur.

Non-seulement les donataires ou légataires de l'universalité générale des biens, ou d'une quotité de cette universalité générale, sont donataires ou légataires universels, on répute aussi pour tels les donataires ou légataires d'une espèce particulière de biens, ou d'une quotité de ces biens; par exemple, le donataire ou légataire des meubles; du tiers, du quart ou d'une autre portion des meubles, le donataire ou légataire des acquêts, le donataire ou légataire de la moitié ou du quint des propres d'une telle ligne, sont des *donataires* ou *légataires universels* [1].

Mais si je donnais ou léguais à quelqu'un *tous mes bois*, ou *tous mes prés*, ou *toutes mes maisons de ville*, tel donataire ou légataire ne serait pas un donataire ou légataire universel; les prés, les bois, les maisons de ville, sont des espèces d'héritages, non pas des espèces et genres de biens; car on divise les biens en biens meubles et immeubles, en acquêts et propres, en propres de telle ou telle ligne, mais jamais on ne s'est avisé de penser que les biens se divisent en prés, en bois, en vignes, en maisons, etc.

Observez aussi que si le testateur *a légué un certain héritage à une personne*, quoique cet héritage soit l'unique immeuble qu'il ait, ou le seul propre, le legs n'est pas néanmoins un legs universel, comme il le serait s'il avait été fait *per modum universitatis*, comme s'il avait dit, *je lègue mes biens immeubles*, *je lègue mes propres* [2].

Les donataires ou légataires universels d'une personne, sont tenus de ses dettes; la raison en est évidente; ces donataires et légataires sont donataires ou légataires des biens ou d'une quotité des biens: or, selon les notions communes, les biens renferment la charge des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.*

Par conséquent on ne peut être donataire ou légataire universel de quelqu'un qu'on ne soit tenu de ses dettes [3].

Le donataire universel des biens présents d'une personne est tenu des dettes qui étaient déjà contractées lors de la donation, et non de celles que le donateur aurait contractées depuis; car les *biens présents* ne renferment que la

« tion, et hypothécairement pour le « tout; et il sera tenu d'acquitter tous « les legs, sauf le cas de réduction, « ainsi qu'il est expliqué aux art. 926 « et 927. »

Art. 1010 : « Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens « dont la loi lui permet de disposer, « telle qu'une moitié, un tiers, ou tous « ses immeubles, ou tout son mobilier, « ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. — « Tout autre legs ne forme qu'une « disposition à titre particulier. »

Art. 1012 : « Le légataire à titre « universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges « de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le « tout. »

[1] Le Code les qualifie légataires *à titre universel*, art. 1010, C. civ., note précédente.

[2] Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier. (Art. 1010, *in fine*, *V.* ci-dessus p. 206, note 1.

[3] *V.* art. 1009, et 1012, C. civ., ci-dessus, p. 206, note 1.

charge des dettes présentes, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation, en contractant depuis des dettes; ce serait donner atteinte à l'irrévocabilité, qui fait le caractère des donations entre-vifs [1].

Le donataire des biens présents ne doit pas non plus être tenu des frais funéraires du donateur, s'il a laissé d'autres biens sur lesquels ils puissent se prendre; car ils doivent plutôt se prendre sur ces biens qui appartenaient au défunt, et sont de la succession, que sur ceux qui ont cessé de lui appartenir par la donation qu'il en a faite.

Que si le donateur n'avait point laissé d'autres biens que ceux qu'il a donnés, l'humanité et la reconnaissance que doit le donataire au donateur, exigent que ces frais se prennent sur les biens qu'il a donnés.

Le donataire des biens que le donateur laissera lors de son décès, ou d'une quotité de ces biens, est tenu, pour la part dont il est donataire, de toutes les dettes qui se trouvent lors du décès du donateur, et des frais funéraires; car *les biens qu'il laissera lors de son décès*, renferment la charge de toutes ses dettes et des frais funéraires [2].

Mais il ne sera pas tenu des legs; car il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation par des legs.

Les légataires universels sont tenus, pour la part dont ils sont légataires, tant des legs que des dettes et autres charges de la succession; ils ne sont légataires que de ce qui reste après toutes les charges acquittées [3].

A l'égard des légataires de choses particulières, quand même les choses qui leur seraient léguées feraient les trois quarts et demi de son patrimoine,

---

[1] *V.* art. 945, C. civ.

Art. 945 : « Elle sera pareillement « nulle, si elle a été faite sous la con- « dition d'acquitter d'autres dettes ou « charges que celles qui existaient à « l'époque de la donation, ou qui se- « raient exprimées, soit dans l'acte de « donation, soit dans l'état qui devrait « y être annexé. »

[2] *V.* art. 1082, 1084 et 1085 C. civ.

Art. 1082 : « Les pères et mères, « les autres ascendants, les parents « collatéraux des époux, et même les « étrangers, pourront, par contrat de « mariage, disposer de tout ou partie « des biens qu'ils laisseront au jour de « leur décès, tant au profit desdits « époux, qu'au profit des enfants à « naître de leur mariage, dans le cas « où le donateur survivrait à l'époux « donataire. — Pareille donation, quoi- « que faite au profit seulement des « époux ou de l'un d'eux, sera tou- « jours, dans ledit cas de survie du « donatenr, présumée faite au profit « des enfants et descendants à naître « du mariage. »

Art. 1084 : « La donation par con- « trat de mariage pourra être faite « cumulativement des biens présents « et à venir, en tout ou en partie, à « la charge qu'il sera annexé à l'acte « un état des dettes et charges du do- « nateur existantes au jour de la do- « nation, auquel cas, il sera libre au « donataire, lors du décès du dona- « teur, de s'en tenir aux biens pré- « sents, en renonçant au surplus des « biens du donateur. »

Art. 1085 : « Si l'état dont est men- « tion au précédent article n'a point « été annexé à l'acte contenant dona- « tion des biens présents et à venir, « le donateur sera obligé d'accepter « ou de répudier cette donation pour « le tout. En cas d'acceptation, il ne « pourra réclamer que les biens qui se « trouveront existants au jour du dé- « cès du donateur, et il sera soumis « au paiement de toutes les dettes et « charges de la succession. »

[3] *V.* art. 1009, *in fine*, ci-dessus p. 206, note 1, et 1013, C. civ.

Art. 1013 : « Lorsque le testateur « n'aura disposé que d'une quotité de « la portion disponible, et qu'il l'aura « fait à titre universel, ce légataire « sera tenu d'acquitter les legs par- « ticuliers par contribution avec les « héritiers naturels. »

ils ne sont tenus en rien des dettes du défunt, ni des autres charges de sa succession; car ces choses particulières ne renferment point la charge des dettes, *onus æris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Ils peuvent néanmoins quelquefois en être indirectement tenus, en ce que si le défunt a légué plus qu'il ne lui restait de biens disponibles après les dettes acquittées, on peut répéter contre les légataires ce qu'ils ont reçu de plus qu'il n'était permis au testateur de léguer; et, à cet effet, tous les legs particuliers doivent souffrir une diminution au sol la livre[1].

Suivant le même principe, *que les biens renferment la charge des dettes,* tous ceux qui succèdent, à quelque titre que ce soit, aux biens d'une personne comme à des biens vacants, tels que le roi ou les seigneurs qui succèdent aux biens d'un défunt par droit de confiscation, bâtardise, déshérence, aubaine, sont tenus de la succession de ce défunt, et de toutes les autres charges de ses biens.

Il en est de même d'un abbé ou monastère qui succède au pécule de son religieux.

Pour que les légataires et donataires universels, les successeurs à titre de déshérence, et autres qui succèdent aux biens plutôt qu'à la personne, ne soient tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils en aient fait constater la quantité par un inventaire, ou quelque autre acte équivalent[2]; s'ils s'en sont mis en possession sans cela, et qu'ils aient disposé des biens, ils seront tenus indéfiniment des dettes, et ils ne seront pas reçus, pour s'en décharger, à offrir d'abandonner et de tenir compte des biens, s'étant mis par leur faute hors d'état d'en pouvoir constater la quantité, c'est le sentiment commun, duquel s'écarte Ricard (*Traité des Dispositions conditionnelles*, ch. 4, sect. 1, nos 112 et suiv.), qui prétend que, même en ce cas, ils doivent être reçus à l'abandon, et à justifier par enquêtes de commune renommée, la quantité des biens; ce sentiment ne doit pas être facilement suivi.

ART. III. — Comment et pour quelle part ceux qui sont tenus des charges d'une succession en sont-ils tenus?

§ Ier. *Les héritiers sont tenus des dettes d'un défunt pour la part dont ils sont héritiers, même au delà des forces de la succession.*

Ce principe se tire de la définition même de l'héritier. L'*héritier* est celui qui succède à tous les droits actifs et passifs du défunt, par conséquent à toutes ses obligations, à toutes ses dettes; il n'est pas tenu des dettes comme d'une charge des biens auxquels il succède, mais il en est tenu comme successeur, non pas seulement des biens, mais de la personne même du défunt; c'est-à-

---

[1] *V.* art. 1024, *in fine*, qui renferme la même décision.

Art. 1024 : « Le légataire à titre « particulier ne sera point tenu des « dettes de la succession, sauf la ré- « duction du legs ainsi qu'il est dit ci- « dessus, et sauf l'action hypothécaire « des créanciers. »

[2] *V.* art. 769 et 772, C. civ.

Art. 769 : « Le conjoint survivant « et l'administration des domaines qui « prétendent droit à la succession, sont « tenus de faire apposer les scellés, et « de faire faire inventaire dans les for- « mes prescrites pour l'acceptation des « successions sous bénéfice d'inven- « taire. »

Art. 772 : « L'époux survivant ou « l'administration des domaines qui « n'auraient pas rempli les formalités « qui leur sont respectivement pres- « crites, pourront être condamnés aux « dommages et intérêts envers les hé- « ritiers, s'il s'en représente. »

dire de tous ses droits personnels, actifs et passifs, et, par conséquent, de toutes ses dettes, même au delà de la valeur de ses biens.

Cette règle a lieu à l'égard des héritiers pour partie, comme à l'égard d'un unique héritier. La seule différence qu'il y a entre eux, est que les héritiers pour partie ne sont tenus des dettes que pour la même partie dont ils sont héritiers, au lieu que l'unique héritier est tenu du total des dettes; mais ils conviennent en ce point que l'héritier pour partie, par exemple, l'héritier du quart est tenu du quart des dettes au delà de la valeur du quart des biens auquel il succède, de la même manière que l'héritier unique est tenu du total des dettes au delà de la valeur du total des biens [1].

Notre règle ne souffre d'exception qu'à l'égard des héritiers sous bénéfice d'inventaire, comme nous l'avons vu au ch. 3, sect. 2, art. 1er.

L'héritier qui a cédé ses droits successifs, ne laisse pas de continuer d'être tenu des dettes de la succession, sauf son recours contre son cessionnaire, qui doit l'en acquitter; car la cession qu'il a faite ne le fait pas cesser d'être héritier, et ne peut pas le libérer des obligations qu'il a contractées envers les créanciers de la succession par l'acceptation qu'il en a faite.

Pareillement, quoiqu'il y ait des donataires universels ou des légataires universels, l'héritier ne laisse pas d'être tenu des dettes pour le total, s'il est héritier unique, ou pour la portion dont il est héritier pour partie, sauf son recours contre les donataires et légataires universels pour ce qu'ils en doivent porter [2].

Il n'en est pas de même des legs que des dettes; l'héritier n'en est pas tenu *ultrà vires*, mais seulement jusqu'à concurrence des biens [3], et non pas même jusqu'à concurrence de tous les biens, mais seulement jusqu'à concurrence des biens disponibles [4], c'est-à-dire des meubles et acquêts de la portion des propres dont les coutumes permettent de disposer par testament; l'héritier ne peut être tenu des legs au delà; c'est pourquoi il peut s'en libérer en abandonnant à tous les légataires tous les biens disponibles, et retenant la portion des propres que les coutumes réservent à l'héritier, qui est dans les coutumes de Paris et d'Orléans les quatre cinquièmes.

En faisant cet abandon, il demeure quitte des legs envers eux, et la charge des dettes doit être partagée entre les légataires pour raison des biens disponibles qui leur sont abandonnés, et entre l'héritier pour raison de ceux par lui retenus.

La raison de la différence à cet égard entre les legs et les dettes est sensible; les coutumes ne donnent au testateur le pouvoir de faire des legs que jusqu'à concurrence des biens disponibles; par conséquent ils ne sont pas valables au delà, mais il a été au pouvoir du défunt de contracter autant de dettes qu'il a voulu.

---

[1] *V.* art. 1220, C. civ., ci-dessus, p. 154, note 1.

[2] Ainsi l'héritier est toujours à l'égard des créanciers le successeur à la personne du défunt débiteur; les légataires universels ou à titre universel sont seulement appelés à la contribution; nous pensons que le Code a consacré cette doctrine (art. 1220 C. civ., *V.* ci-dessus, p. 154, note 1), il n'en faut cependant pas conclure que le créancier serait non recevable à agir directement contre le légataire, car il est conforme à la raison que celui qui doit en définitive contribuer, puisse être poursuivi.

[3] Il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu changer la doctrine à cet égard, malgré les difficultés que présente l'art. 783, *in fine*, *V.* ci-dessus, p. 125, note 1.

[4] *V.* art. 920, C. civ.

Art. 920 : « Les dispositions soit « entre-vifs, soit à cause de mort, qui « excéderont la quotité disponible, « seront réductibles à cette quotité « lors de l'ouverture de la succes- « sion. »

Ceux qui sont aux droits des héritiers sont aussi tenus des dettes *ultrà vires*, puisqu'ils en sont tenus de la même manière que les héritiers, comme il a été dit en l'article précédent.

A l'égard des donataires et légataires universels, du roi et des seigneurs, qui succèdent par aubaine, confiscation, droit de bâtardise, droit de déshérence, de l'abbé ou du monastère qui succède au pécule de son religieux, toutes ces personnes ne sont tenues des dettes, que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison est que toutes ces personnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tènus des dettes, que parce qu'elles sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels: or, c'est un principe que, lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à raison d'une chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose [1].

§ II. *Pour quelle portion les héritiers sont-ils tenus des dettes?*

L'héritier unique est tenu du total des dettes, quand même il y aurait des donataires et légataires universels de portions de biens, sauf à lui son recours contre eux pour la part qu'ils en doivent porter, suivant que nous l'avons déjà observé ci dessus.

Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers, il y a quelques coutumes assez déraisonnables pour les obliger tous solidairement aux dettes du défunt, comme si plusieurs pouvaient succéder *in solidum* aux droits d'une personne. Hors ces coutumes, chaque héritier est tenu des dettes pour la part dont il est héritier.

Je dis *pour la part dont il est héritier*, et non pas seulement pour la part qu'il aura dans le partage des biens de la succession; car si, par exemple, une personne a laissé deux héritiers de ses biens, et a fait un étranger légataire du tiers de ses biens, ses deux héritiers seront tenus des dettes de la succession pour moitié, sauf leur recours contre le légataire universel, qui en doit porter un tiers. La raison est que, quoique chacun de ses héritiers ne doive avoir dans le partage des biens de la succession que le tiers, néanmoins ils sont héritiers chacun pour moitié; ils sont saisis dès l'instant de la mort du défunt, chacun pour moitié, de tous les droits actifs et passifs du défunt. La délivrance qu'ils font au légataire du tiers des biens oblige bien ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes, à les indemniser de ce tiers, mais ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession.

Lorsque plusieurs enfants succèdent par représentation de leur père ou mère, il ne sont héritiers chacun que pour la portion qu'ils ont dans la portion de la personne qu'ils représentent, c'est pourquoi ils ne sont chacun tenus des dettes que pour leur portion dans cette portion. *Finge;* une personne laisse pour héritiers deux frères et quatre neveux par représentation d'un troisième frère; chacun de ces neveux ne sera tenu des dettes que pour son quart dans le tiers, c'est-à-dire pour un douzième.

Lorsque tous les héritiers d'un défunt sont héritiers aux mêmes biens, la part que chacun a dans la succession est certaine, et par conséquent, la part que chacun doit porter des dettes l'est aussi [2].

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, par exemple, un héritier aux meubles, acquêts et propres maternels, et un

---

[1] On doit appliquer encore cette décision aux enfants naturels, au conjoint survivant et à l'état qui ne sont que des successeurs aux biens, et non pas des successeurs à la personne.

[2] C'est aujourd'hui le droit commun (art. 732, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 36, note 2).

autre héritier aux propres paternels, chaque héritier est censé succéder à une part proportionnée à ce qu'est la valeur en actif des biens auxquels il succède, à la valeur de toute la succession, et doit, par conséquent, porter la même part des dettes de la succession[1].

C'est pourquoi si les meubles, acquêts et propres maternels font les trois quarts de toute la succession, et les propres paternels le quart, l'héritier aux meubles et acquêts, et propres maternels, portera seul les trois quarts des dettes, et l'héritier aux propres paternels en portera seul le quart.

Cette part ne peut être constante que par une ventilation, qui ne se peut faire qu'après une estimation des différents biens de la succession. L'opinion commune est, qu'en attendant, ces différents héritiers sont tenus des dettes chacun pour leur portion virile, sauf à se faire raison du plus ou du moins, lorsque les portions ont été constatées par la ventilation[2].

Suivant les principes que nous avons établis, lorsque des mâles succèdent avec des filles à un défunt qui a laissé des fiefs dans sa succession, les mâles ayant une plus grande part que les filles, doivent porter une plus grande part des dettes; par exemple, si le frère et la sœur d'une personne lui succèdent, et qu'il y ait dans la succession le quart en biens féodaux, et les trois quarts en biens ordinaires, le frère qui succède seul aux biens féodaux, et qui partage les autres avec sa sœur, portera le quart et la moitié des trois quarts des dettes, c'est-à-dire cinq huitièmes.

Il n'en est pas de même de l'aîné dans les successions de la ligne directe, comme nous l'allons voir.

§ III. *Pour quelle part l'aîné contribue-t-il aux dettes*[3] ?

Quoique l'aîné ait dans les fiefs une portion plus considérable que celle de ses puînés, néanmoins, il n'est tenu que de la même portion des dettes dont chacun des puînés est tenu; les coutumes de Paris, art. 334, et d'Orléans, art. 360, le décident formellement. La raison est que les coutumes de Paris et d'Orléans, et autres semblables, donnent à l'aîné, par forme de prélegs et hors part, ce qu'elles lui accordent de plus qu'aux puînés dans les fiefs, et ne le réputent héritier que pour sa portion virile. Par exemple, si un père laisse quatre enfants, quoique l'aîné ait seul le manoir et la moitié des fiefs, néanmoins il n'est réputé héritier que pour son quart, étant censé avoir ce qu'il a de plus à titre de prélegs, et conséquemment il n'est tenu des dettes de la succession que pour son quart.

Si le défunt devait le prix entier d'une maison de ville que l'aîné a choisie pour son manoir, cet aîné, qui prend dans la succession ce manoir entier, ne devra-t-il que sa portion virile du prix qui en est dû ? Sans doute. C'est une dette de la succession, dont tous les héritiers sont tenus chacun pour leur portion, comme de toutes les autres; car, suivant le principe que nous avons établi ailleurs, on ne considère point la cause ni l'origine des dettes.

---

[1] Ce ne serait plus aujourd'hui que des cas exceptionnels, tels dans les art. 747, C. civ., ci-dessus, p. 79, note 1, et 351, C. civ., ci-dessus, p. 82, note 1.

[2] L'art. 873, C. civ., contient, assez mal à propos, l'expression de cette ancienne opinion, qui ne doit plus être une règle, mais seulement une exception très restreinte. Art. 873 : « Les héritiers sont tenus « des dettes et charges de la succes- « sion, personnellement pour leur part « et portion virile, et hypothécairement « pour le tout; sauf leur recours, soit « contre leurs cohéritiers, soit contre « les légataires universels, à raison « de la part pour laquelle ils doivent y « contribuer. »

[3] Il n'y a plus de droit d'aînesse.

Quoique des rentes constituées soient assignées par assignat sur des fiefs, l'aîné n'en doit que sa portion virile; car cet assignat spécial n'empêche pas que ces rentes ne soient dettes personnelles du défunt, dont chacun des enfants est tenu par égales portions.

Cette décision a lieu quand même l'héritage aurait été saisi réellement pour cette rente sur le défunt. Si ce défunt a laissé quatre enfants, l'aîné aura la moitié dans cet héritage féodal saisi réellement; car la saisie réelle n'empêche pas qu'il ne soit de la succession, et néanmoins il ne devra que son quart de la rente pour laquelle il a été saisi; c'est pourquoi, s'il est par la suite adjugé, *putà* pour 10,000 livres qui aient servi à payer le créancier de cette rente, l'aîné à qui appartient moitié dans le prix, laquelle moitié est de 5,000 livres, et qui ne doit néanmoins que son quart dans les 10,000 livres acquittées, lequel quart monte à 2,500 livres, se trouve avoir payé 2,500 livres pour les puînés, dont il doit être récompensé par eux.

Il en est autrement des rentes foncières dont quelque héritage féodal serait chargé; ces rentes ne sont point des dettes de la succession, mais des charges de l'héritage dont par conséquent, l'aîné doit être tenu, non pour la portion dont il est héritier, mais pour la portion qu'il a dans l'héritage.

Il faut dire la même chose des hypothèques dont un héritage féodal serait chargé pour dettes dues par des tiers et non par le défunt.

Le principe que nous avons établi, «que le préciput de l'aîné est franc des dettes de la succession,» reçoit une exception dans le cas auquel les dettes absorberaient le surplus des biens; par exemple, si une personne a laissé pour 60,000 livres de bien, outre le manoir de l'aîné, le tout en fief, pour 48,000 livres de dettes, et six enfants, chacun des puînés n'aura que son dixième, montant à 6,000 livres, par conséquent l'aîné qui a 30,000 livres pour sa moitié dans les biens féodaux outre le manoir, se trouve avoir de plus que chacun de ses frères 24,000 livres, outre le manoir, par préciput. Il ne reste après le prélèvement de ce préciput que 36,000 livres dans la succession, et il y a pour 48,000 livres de dettes; ces dettes par conséquent excèdent de 12,000 livres le surplus de la succession. Le préciput de l'aîné ne doit pas être en ce cas franc et quitte de dettes; on doit en retrancher les 12,000 livres qui manquent pour acquitter les dettes; car les coutumes, en accordant un prélegs à l'aîné, n'entendent pas le faire *ultrà vires hæreditatis*, et de même que les prélegs faits par le testateur en pays de droit écrit où les prélegs sont permis, souffriraient en ce cas ce retranchement, parce qu'il n'est pas permis de léguer au delà de son bien, de même en ce cas le prélegs légal de l'aîné doit souffrir ce retranchement, parce que la loi n'est pas présumée le faire *ultrà vires hæreditatis*. Il serait absurde que les puînés fussent obligés de payer une partie des dettes de la succession sur leur propre bien, tandis qu'il y aurait des biens de la succession plus que suffisants pour les acquitter, dont l'aîné jouirait pour son préciput.

Lemaître va plus loin (tit. 15 sur art. 17); il veut qu'on retranche en ce cas une légitime pour les puînés, et cette légitime doit être la moitié de ce qu'ils auraient si les dettes étaient prélevées sur tous les biens de la succession; ainsi, dans cette espèce, les dettes qui sont pour 48,000 livres étant prélevées sur toute la succession, qui est de 60,000 livres outre le manoir, il resterait 12,000 livres, outre le manoir dont les trois puînés auraient 6,000 livres, qui est pour chacun 1,200 livres, la légitime de chacun doit être de 600 livres pour les 53,000 livres qui doivent être déduites sur le préciput de l'aîné. Ce sentiment de Lemaître est très équitable, et doit être suivi; car le principe qui accorde à l'aîné un préciput franc de dettes, se croisant, dans cette espèce, avec le principe qui veut que chaque enfant ait une légitime dans les biens de son père, ce dernier, qui a son fondement dans le droit naturel, doit prévaloir, et faire céder l'autre, qui n'est que de droit arbitraire.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent « que l'aîné contribue aux dettes par

égales portions avec ses puînés, » n'a lieu que dans les coutumes telles que Paris et Orléans, qui lui accordent ce qu'il a de plus qu'eux par forme de prélegs; il en est autrement dans celles où l'aîné est héritier d'une plus grande portion, ou même est unique héritier et saisi de toute la succession, à la charge d'en départir une certaine portion aux puînés, il n'est pas douteux dans ces coutumes que les puînés ne doivent contribuer aux dettes que pour la portion qui leur est départie.

§ IV. *Pour quelle part les donataires et légataires universels et autres successeurs universels contribuent-ils aux dettes?*

Les donataires et légataires universels d'une quotité de biens, comme de la moitié, du tiers, du quart, sont tenus des dettes pour la même part[1].

Si la part dont ils sont donataires ou légataires était réduite à une moindre partie, la part qu'ils doivent porter des dettes serait pareillement réduite à une semblable part.

Le donataire universel ou légataire universel indéfiniment, est bien tenu du total des dettes, lorsque tous les biens du donateur ou testateur sont disponibles, et que la donation ou legs ne souffre aucun retranchement; mais s'il y a des biens non disponibles, si la donation ou legs universels souffrent quelque retranchement, soit pour la légitime des enfants, soit pour la légitime coutumière, c'est-à-dire, la portion que les coutumes réservent à l'héritier dans les propres, quelqu'indéfinie que soit la donation ou legs universel, le donataire ou légataire universel ne sera tenu des dettes que pour une part proportionnée à raison de ce qu'est la valeur des biens qui lui demeurent à la valeur du total de tous les biens délaissés par le défunt; et le légitimaire ou l'héritier qui se tient aux réserves coutumières sera tenu du surplus des dettes.

Lorsque plusieurs seigneurs succèdent à différents biens d'un condamné ou d'un homme mort sans héritiers, qui sont situés dans les différents territoires de leurs justices, chacun porte une part dans les dettes proportionnée à ce qu'est la valeur des biens auxquels ils succèdent au total des différents biens.

§ V. *Des dettes indivisibles.*

Ce que nous avons dit jusqu'à présent « que les héritiers et les successeurs universels sont tenus des dettes pour la portion dont ils sont héritiers, » souffre une exception nécessaire à l'égard des dettes indivisibles; car ces dettes ne pouvant de leur nature se diviser, il est nécessaire que chaque héritier, chaque successeur universel soit tenu pour le total de ces sortes de dettes[2]. *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis hæredibus debentur.* L. 192, ff. *de reg. jur.*

On appelle *dettes indivisibles* les dettes des choses qu'on ne peut avoir pour partie, ni payer pour partie même indivisée, les choses qui ne sont suscepti-

---

[1] *V.* art. 871, C. civ., ci-dessus, p. 198, note 1, et 1009, et 1012, C. civ., ci-dessus, p. 206, note 1. Sur quoi il faut remarquer que si les légataires sont légataires de quote part, la portion qu'ils doivent supporter dans les dettes est par là même déterminée; mais s'ils sont légataires des meubles ou des immeubles, ou d'une quote des meubles ou des immeubles il faudra au préalable estimer le montant de leur legs, et le comparer avec toute la succession, pour déterminer la fraction dont ils sont légataires.

[2] *V.* art. 1222 et 1223, C. civ., qui consacrent les mêmes principes.

Art. 1222 : « Chacun de ceux qui ont « contracté conjointement une dette « indivisible, en est tenu pour le total, « encore que l'obligation n'ait pas été « contractée solidairement. »

Art. 1223 : « Il en est de même à « l'égard des héritiers de celui qui a « contracté une pareille obligation. »

bles de parties ni réelles, ni même intellectuelles, tel qu'est un droit de servitude; car on ne peut avoir pour partie un droit de servitude : tel qu'est un droit de vue, un droit de passage sur l'héritage d'autrui, on ne peut constituer pour partie un pareil droit, *servitus pro parte constitui non potest* [1].

C'est pourquoi si le défunt s'était obligé de constituer au propriétaire de l'héritage voisin du sien un droit de passage sur son héritage, et qu'il laisse quatre héritiers qui succèdent chacun pour leur quart à cet héritage, chacun de ses héritiers sont tenus, non pas pour leur quart, mais solidairement de cette dette, parce qu'elle est indivisible; on ne peut constituer un droit de passage pour un quart; on ne peut laisser passer une personne pour un quart; le créancier pourra donc agir solidairement contre chacun des héritiers, pour qu'ils lui constituent la servitude, pour qu'ils le souffrent passer.

Que si la chose due n'est pas susceptible, à la vérité, d'une division réelle, mais qu'elle soit susceptible de parties au moins intellectuelles; si on peut la posséder, en être propriétaire par portions indivisées, la dette d'une telle chose n'est pas indivisible, et les héritiers n'en sont pas tenus solidairement, mais chacun pour leur portion. Par exemple, si le défunt m'a vendu son cheval qu'il ne m'a pas encore livré, et qu'il laisse quatre héritiers, chaque héritier n'est tenu de cette dette que pour son quart, en me livrant le cheval pour le quart indivis qui lui en appartient, il est quitte de son obligation; car quoique ce cheval ne soit pas susceptible d'une division réelle, il est susceptible de parties au moins intellectuelles, il peut être possédé par plusieurs pour chacun leur portion indivise; il peut appartenir à plusieurs pour chacun leur portion indivise, et par conséquent il peut être dû et payé par portion; l'obligation n'en est donc pas indivisible.

Il y a des obligations qui sont indivisibles dans leur principe, mais qui, par l'inexécution de l'engagement, se convertissent en une obligation de dommages et intérêts, laquelle est divisible, ayant pour objet la somme de deniers à laquelle seront estimés ces dommages et intérêts. Telles sont toutes les obligations de faire quelque chose, comme de bâtir une maison; telle est l'obligation que contracte un vendeur de garantir l'acheteur de tous troubles dans la possession de la chose vendue, ces obligations étant indivisibles dans leur objet; car, par exemple, on ne peut pas satisfaire pour partie à l'obligation de bâtir une maison, de garantir un acheteur du trouble qu'on fait à sa possession, chaque héritier de celui qui l'a contractée en est dans le principe tenu solidairement; on peut conclure contre chacun des héritiers à ce qu'il soit tenu bâtir la maison, à ce qu'il soit tenu défendre le demandeur du trouble qu'on fait à sa possession de la chose que le défunt lui a vendue; mais comme ces obligations par leur inexécution se convertissent en une obligation de dommages et intérêts qui est divisible, chacun de ces héritiers assigné solidairement pour remplir l'obligation du défunt, ne sera néanmoins, faute de la remplir, condamné aux dommages et intérêts que pour la portion dont il est héritier. L. 85, § 5, L. 139, ff. *de verb. oblig.*

§ VI. *Pour quelle part les héritiers et successeurs universels sont-ils tenus des legs.*

Régulièrement les héritiers et successeurs universels sont tenus des legs pour la même part pour laquelle ils sont tenus des dettes, c'est-à-dire pour la part dont ils sont héritiers, ou à laquelle ils succèdent [2].

---

[1] *V.* art. 1217, C. civ.
Art. 1217 : « L'obligation est divisible selon qu'elle a pour objet ou « une chose qui dans sa livraison, ou « un fait qui dans l'exécution, est ou « n'est pas susceptible de division, soit « matérielle, soit intellectuelle. »

[2] *V.* art. 1017, 1er alinéa.
Art. 1017 : « Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs,

Cette règle souffre difficulté en un cas; savoir, lorsqu'il y a un héritier aux propres, et un héritier aux meubles et acquêts, l'héritier aux propres contribue aux dettes, à proportion de la valeur du total des propres; doit-il pareillement contribuer aux legs à proportion du total des propres, ou ne doit-il y contribuer qu'à proportion de la portion des propres qui est disponible, et qui est le quint dans les coutumes de Paris et d'Orléans?—Plusieurs pensent que l'héritier aux propres a bien le droit de se décharger des legs entièrement, en se tenant à la portion que les coutumes lui accordent dans les propres, qui est dans celles de Paris et d'Orléans, les quatre quints, et abandonnant le surplus, mais que c'est le seul droit qu'il a; que lorsqu'il ne juge pas à propos d'en user, et qu'il conserve tous les biens auxquels il a succédé, il doit contribuer aux legs, de même qu'aux dettes, à proportion de ce à quoi il succède.—D'autres pensent que l'héritier aux propres ne doit contribuer aux legs qu'à proportion des seuls biens disponibles qu'il retient, et qu'on ne doit point comprendre parmi les biens pour lesquels il doit contribuer aux legs, la portion des propres que les coutumes lui réservent, c'est-à-dire, dans celles de Paris et d'Orléans, les quatre quints. J'inclinerais assez à ce sentiment, la raison est que les legs ne sont pas comme les dettes une charge de tous les biens; mais ils sont une charge des biens disponibles seulement; c'est ce que les coutumes de Paris, art. 292, et d'Orléans, art. 392, déclarent en disant que *toutes personnes peuvent tester de leurs biens meubles, acquêts, et de la cinquième partie de tous leurs propres, et non plus avant;* c'est-à-dire bien formellement qu'il n'y a que les meubles, acquêts et le quint des propres, qui soient sujets aux legs, et que les legs ne sont une charge que de ces biens, et non pas du surplus des propres : or, chacun ne doit contribuer aux charges d'une chose, qu'à proportion de la part qu'il a dans la chose; l'héritier aux propres ne doit donc contribuer aux legs, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens disponibles dont les legs sont une charge, et non point à raison des quatre cinquièmes des propres, qui sont des biens non disponibles, et non sujets à la charge des legs [1].

Art. IV. — Des actions des créanciers et légataires contre les héritiers et autres successeurs universels.

Les créanciers de la succession ont une action personnelle contre chacun des héritiers pour la part dont ils sont héritiers, et contre chacun des successeurs universels, pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la succession [2].

Si la part de chacun des héritiers n'était pas encore constatée et liquidée par une ventilation, nous avons déjà remarqué ci-dessus que les créanciers avaient action contre chacun des héritiers pour une portion virile, c'est-à-dire, suivant le nombre qu'ils sont d'héritiers, sauf à se faire raison du plus ou du moins qu'ils devront porter de dettes, lorsque leur part sera constatée par la ventilation.

Les créanciers hypothécaires de la succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs universels, ont l'action hypothécaire contre chacun des héritiers ou successeurs qui possèdent quel-

---

« seront personnellement tenus de « l'acquitter, chacun au prorata de la « part et portion dont ils profiteront « dans la succession. — Ils en seront « tenus hypothécairement pour le tout, « jusqu'à concurrence de la valeur des « immeubles de la succession dont ils « seront détenteurs. »

[1] L'art. 1013, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 208, note 2) nous paraît consacrer cette doctrine, et la raison qu'en donne Pothier est évidente.

[2] *V.* art. 1220, C. civ., ci-dessus, p. 154, note 1

qu'immeuble de la succession sujet à leur hypothèque; ils l'ont aussi contre les tiers détenteurs[1].

Cette action hypothécaire qu'ont les créanciers hypothécaires contre chacun des héritiers détenteurs d'immeubles, leur donne droit de conclure solidairement, contre chacun desdits héritiers, au paiement du total de leurs créances; car chaque immeuble de la succession de leur débiteur, et même la plus petite portion de chaque immeuble est hypothéquée au total de leurs créances, suivant la nature de l'hypothèque, qui est indivisible; d'où il suit que chaque héritier détenteur de la moindre portion des immeubles de la succession, est tenu hypothécairement du total de leurs créances.

Il est d'usage que les créanciers hypothécaires de la succession, lorsqu'ils forment demande contre les héritiers, cumulent les deux actions qu'ils ont contre eux, la personnelle et l'hypothécaire, et en conséquence ils concluent contre chaque héritier, à ce qu'il soit condamné personnellement, pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, leur payer la somme qui leur est due.

L'héritier peut être déchargé de la condamnation solidaire, en offrant d'abandonner tous les immeubles échus en son lot, si le partage est déjà fait; et la part indivisée qu'il a dans ceux de la succession, s'il n'est pas encore fait; car il est de la nature de l'action hypothécaire que la condamnation qui intervient sur cette action contienne, sinon expressément, au moins tacitement, l'alternative de délaisser les héritages hypothéqués; l'hypothèque n'est autre chose que le droit qu'a un créancier de se faire délaisser certaines choses, et de les vendre pour le paiement de ses créances; l'action hypothécaire qui en résulte n'a d'autre objet que ce délais; le détenteur contre qui cette action est donnée, n'est tenu qu'à ce délais; le paiement des causes de l'action hypothécaire n'est qu'*in facultate*, pour éviter le délais, plutôt qu'*in obligatione;* par conséquent, lorsqu'il est condamné hypothécairement à payer, le sens de cette condamnation ne peut être sinon qu'il sera tenu de payer, s'il veut conserver les biens hypothéqués qu'il possède, et s'il ne les délaisse pas. C'est le sens de ces mots *condamné hypothécairement*[2].

Observez que, quoiqu'il abandonne, sa condamnation personnelle, pour la part dont il est héritier, subsiste toujours contre lui; c'est pourquoi dans les conclusions et dans la sentence on distingue ces deux condamnations, on con-

---

[1] *V.* art. 1221, 1°, C. civ.

Art. 1221 : « Le principe établi dans « l'art. 1220 (*V.* ci-dessus, p. 154, note 1) » reçoit exception à l'égard des héritiers « du débiteur :— 1° Dans le cas où la « dette est hypothécaire; -2° Lorsqu'elle « est d'un corps certain;—3° Lorsqu'il « s'agit de la dette alternative de choses « au choix du créancier, dont l'une « est indivisible;—4° Lorsque l'un des « héritiers est chargé seul, par le titre, « de l'exécution de l'obligation; — « 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature « de l'engagement, soit de la chose qui « en fait l'objet, soit de la fin qu'on « s'est proposée dans le contrat, que « l'intention des contractants a été « que la dette ne pût s'acquitter par- « tiellement.—Dans les trois premiers « cas, l'héritier qui possède la chose « due ou le fonds hypothéqué à la « dette, peut être poursuivi pour le « tout sur la chose due ou sur le fonds « hypothéqué, sauf le recours contre « ses cohéritiers. Dans le quatrième « cas, l'héritier seul chargé de la dette, « et dans le cinquième cas, chaque hé- « ritier, peut être poursuivi pour le tout, « sauf son recours contre ses cohéri- « tiers. »

[2] *V.* art. 2168, C. civ.

Art. 2168 : « Le tiers détenteur est « tenu, dans le même cas (lorsqu'il n'a « pas purgé), ou de payer tous les in- « térêts et capitaux exigibles, à quel- « que somme qu'ils pussent monter, ou « de délaisser l'immeuble hypothéqué, « sans aucune réserve. »

Il fallait dire que le tiers détenteur était tenu de *délaisser* ou de *payer*.

damne l'héritier personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, ce qu'il serait inutile de distinguer, si l'héritier, en abandonnant, ne pouvait pas plus se décharger de la condamnation hypothécaire que de la personnelle.

Si l'héritier pour partie a cessé, sans fraude, de posséder les immeubles de la succession, continue-t-il d'être tenu solidairement envers les créanciers hypothécaires? Loyseau enseigne que c'était l'usage de son temps au Palais; il prétend que l'action personnelle et l'action hypothécaire ayant une fois concouru contre cet héritier, il s'est formé de ce concours une action personnelle hypothécaire pour le paiement du total de la créance, qui participe de la nature de l'une et de l'autre, *de l'hypothécaire*, à l'effet de la solidité de la condamnation, et *de la personnelle*, à l'effet qu'elle dure, même après que l'héritier aurait cessé de posséder; cette action personnelle hypothécaire *est merum figmentum.* Il est bien plus raisonnable de distinguer toujours les deux actions, et de dire que, lorsque l'héritier a cessé de posséder les immeubles de la succession, il ne reste contre lui que l'action personnelle pour la part dont il est héritier, et que l'action hypothécaire cesse d'avoir lieu contre lui, étant de la nature de cette action, qui est réelle, et aux fins de délaisser les héritages hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possèdent et peuvent les délaisser.

Lorsque l'un des héritiers sur l'action hypothécaire donnée contre lui, a été obligé de payer la dette en entier, les coutumes de Paris, art. 333, et d'Orléans, art. 358, disent qu'il a en ce cas son recours contre ses cohéritiers.

Il peut l'exercer de deux manières, ou de son chef *judicio familiæ erciscundæ,* suivant ce que nous avons vu au chapitre précédent, ou bien comme exerçant les droits du créancier auquel il peut se faire subroger, lorsqu'il le paie.

C'est une grande question si l'héritier, qui s'est fait subroger aux actions du créancier, les exercera solidairement contre chacun de ses cohéritiers, sa part confuse, ou si ces actions se doivent diviser [1]. *V.* cette question au *Traité des Subrogations.*

Les créanciers hypothécaires du défunt n'ont d'hypothèque que sur les biens de la succession; comme on ne peut hypothéquer que sa propre chose, et qu'on ne peut accorder de droit dans une chose dans laquelle on n'en a point, ce défunt ne peut accorder d'hypothèque sur les biens de son héritier, qui ne sont pas à lui.

C'est pourquoi la clause qui serait insérée dans un acte *que le débiteur hypothèque ses biens et ceux de ses héritiers*, serait de nul effet à l'égard des biens des héritiers.

Les créanciers hypothécaires du défunt ne peuvent donc acquérir d'hypothèque sur les biens des héritiers que par un nouveau titre par lequel les héritiers s'obligeraient devant notaire à la dette du défunt, ou par une sentence de condamnation que lesdits créanciers obtiendraient contre les héritiers.

Les créanciers ne peuvent non plus faire aucune exécution de biens sur l'héritier, jusqu'à ce qu'il soit obligé envers eux par un titre nouvel pardevant notaires, ou condamné par une sentence; car c'est une maxime du droit

---

[1] *V.* art. 875, C. civ.

Art. 875 : « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet « de l'hypothèque, a payé au delà de « sa part de la dette commune, n'a de « recours contre les autres cohéritiers « ou successeurs à titre universel, que « pour la part que chacun d'eux doit « personnellement en supporter, même « dans le cas où le cohéritier qui a payé « la dette se serait fait subroger aux « droits des créanciers; sans préjudice « néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'in« ventaire, aurait conservé la faculté de « réclamer le paiement de sa créance « personnelle, comme tout autre créan« cier. »

français, consignée dans notre coutume, art. 433, que *toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé;* la coutume de Paris, art. 168, a une même disposition [1].

Non-seulement le créancier ne peut, avant ce temps, exécuter les biens propres de l'héritier; il ne peut pas même exécuter ceux de la succession, mais il peut les saisir et arrêter après un commandement fait à l'héritier : Paris, art. 169. La coutume d'Orléans, art. 441, permet de saisir et arrêter les biens de la succession, lorsque l'héritier demeure hors le bailliage. En ce cas, il ne faut ni commandement ni permission du juge pour cette saisie-arrêt qui se fait en vertu de la coutume ; hors ce cas, il faut ici une permission du juge.

Après avoir parlé des actions des créanciers, l'ordre serait de parler de celles des légataires; mais comme cette matière a son siége plus naturellement dans le *Traité des Testaments*, j'y renvoie.

De la séparation des patrimoines.

Il nous reste à parler du droit qu'ont les créanciers et légataires d'une succession, de demander contre les créanciers particuliers de l'héritier, *la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier*, pour être payés sur ceux de la succession préférablement aux créanciers de l'héritier.

Ce droit est tiré de l'édit du Préteur, et est fondé sur ce principe, pris dans la nature des choses, que des créanciers ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que leur débiteur en a lui-même; d'où il suit que l'héritier n'ayant les biens de la succession, qu'à la charge d'en acquitter les dettes, les legs et autres charges; les créanciers de cet héritier ne pouvant avoir plus de droit sur ces biens que l'héritier leur débiteur, doivent souffrir que les dettes, les legs et autres charges de ces biens, soient acquittés sur ces biens, avant qu'ils puissent se venger dessus. C'est ce qu'opère la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier que les créanciers et légataires de la succession ont droit d'obtenir du juge [2].

Ce droit de séparation est inutile aux créanciers hypothécaires dans les coutumes où les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et dans nos coutumes, lorsque la succession n'est composée que d'immeubles [3]; la raison est que l'action hypothécaire qu'ils ont, leur suffit pour être payés sur ces biens, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent être mis en ordre d'hypothèque sur ces biens, qu'après tous les créanciers hypothécaires du défunt; car l'héritier leur débiteur n'ayant leurs biens qu'à la charge des hypothèques des créanciers du défunt, n'a pu les hypothéquer à ses propres créanciers que sous cette charge; il n'a pu leur donner d'hypothèque qu'après celle des créanciers du défunt.

Il faut dire la même chose des légataires. L'hypothèque que Justinien leur a accordée sur les biens de la succession, et que nous avons adoptée dans notre jurisprudence, est préférable à celle de tous les créanciers de l'héritier;

---

[1] *V.* art. 877, C. civ.

Art. 877 : « Les titres exécutoires « contre le défunt sont pareillement « exécutoires contre l'héritier personnellement, et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre « l'exécution que huit jours après la « signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. »

[2] *V.* art. 878, C. civ.

Art. 878 : « Ils peuvent demander, « dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine « du défunt, d'avec le patrimoine de « l'héritier. »

[3] *V.* Aujourd'hui les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, et les hypothèques conventionnelles sont spéciales.

d'où il suit qu'ils n'ont pas besoin de la séparation de biens, lorsque tous les biens du défunt sont de nature à être susceptibles d'hypothèque.

Au surplus, tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, peuvent obtenir cette séparation, ceux mêmes dont la créance est encore suspendue par une condition dont elle dépend, et qui n'est point encore arrivée, peuvent la demander, au moins à l'effet que les créanciers de l'héritier ne puissent être payés sur les biens de la succession, qu'en leur donnant caution de rapporter à leur profit, si la condition de leur créance arrive.

Même l'héritier en partie du défunt peut demander la séparation de biens pour ce qui lui était dû par le défuut sous la déduction de la part dont il fait confusion comme héritier. L. 7, Cod., *de Bon. auct. jud. possess.*

Cette séparation a lieu contre tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, même contre le fisc. L. 1, § 4, ff. *de Separat.*

Cette séparation ne peut être demandée par les créanciers du défunt, lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avaient contre le défunt, en une créance contre son héritier, en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt; car, par là, ils cessent d'être créanciers du défunt, et deviennent plutôt créanciers de l'héritier[1]. L. 1, § 10, 15, 16, ff, *eod. tit.*

Mais ils ne sont pas censés avoir fait cette novation pour l'avoir assigné à l'effet de faire déclarer contre lui leurs titres exécutoires. L. 7, ff. *eod. tit.*

Par le droit romain, cette séparation doit être demandée *rebus integris,* avant que les biens du défunt soient mêlés avec ceux de l'héritier, et tout au plus tard dans les cinq ans. L. 1, § 12 et 13, *eod. tit.* Par notre droit il n'y a aucun temps limité[2]; on est toujours à temps, tant que les biens de la succession peuvent encore facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier.

Les choses données entre-vifs par le défunt à l'héritier, quoique sujettes à rapport, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers de la succession ont droit de demander la séparation; car ces choses ne sont réputées biens de la succession que par fiction, et vis-à-vis des cohéritiers du donataire qui leur en doit le rapport, les créanciers de la succession ne peuvent se prévaloir de cette fiction, qui n'a pas été faite pour eux.

L'effet de la séparation est que les créanciers et légataires soient payés sur les biens de la succession du défunt, elle n'exclut pas les créanciers de l'héritier du droit de se venger sur ce qui resterait de ces biens. L. 5, ff. *de Separ.*

Contrà vice versà. Les créanciers de la succession qui ont obtenu la séparation de biens, et qui n'ont pu être payés entièrement sur ceux de la succession, pourront-ils être payés sur les biens propres de l'héritier, après que les créanciers particuliers de l'héritier auront été payés? Il paraît que cette question a été controversée entre les jurisconsultes romains. Paul et Ulpien pensaient que les créanciers et légataires du défunt, en obtenant la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, s'étaient restreints aux biens de la succession du défunt, et ne pouvaient plus se venger sur les biens de l'héritier, qu'ils n'avaient pas voulu reconnaître pour leur débiteur. *Recesserunt à personâ hæredis.* L. 5; L. 1, § 17, ff. *dicto tit.* Papinien inclinait à l'opinion contraire. L. 3, § 2, ff. *eod. tit.;* et c'est celle à laquelle nous devons nous tenir; car la séparation de biens introduite en leur faveur ne doit pas être rétorquée

---

[1] *V.* art. 879, C. civ.
Art. 879 : « Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il « y a novation dans la créance contre « le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. »

[2] *V.* art. 880, C. civ.
Art. 880 : « Il se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de « trois ans. — A l'égard des immeubles « l'action peut être excercée tant qu'ils « existent dans la main de l'héritier. »

contre eux ; en la demandant ils n'ont pas eu intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux, par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ces biens aux créanciers de l'héritier [1].

Mais au moins ils ne doivent être payés sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers de l'héritier, quoiqu'ils pussent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier, ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec les autres créanciers [2]; car, puisqu'on leur sépare ceux de la succession dan lesquels les créanciers de l'héritier pourraient demander une concurrence avec eux, comme étant lesdits biens de la succession devenus les biens de l'héritier, par l'acceptation de la succession, il est équitable qu'en conséquence, les créanciers de la succession leur laissent les biens de l'héritier.

Les créanciers de la succession peuvent bien demander la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier; au contraire, les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander, contre ceux de la succession, qu'on leur sépare les propres biens de l'héritier [3]. Ulpien en rapporte une raison bien décisive : *Nam*, dit-il, *licet alicui*, *adjiciendo creditorem*, *creditoris sui facere deteriorem conditionem.* L. 1, § 2, ff. *de Separat.* Pourquoi un débiteur qui accepte une succession onéreuse, ne pourrait-il pas contracter au préjudice de ses créanciers, la dette qu'il contracte envers les créanciers de la succession par cette acceptation, de la même manière qu'il peut contracter, au préjudice de ses créanciers, toute autre dette pour quelque cause que ce soit? Néanmoins plusieurs pensent que, selon notre jurisprudence, les propres créanciers de l'héritier peuvent aussi demander la séparation de biens, lorsque leur débiteur a accepté une succession onéreuse, en faveur de leurs créances, et ils disent que cela a été jugé par un arrêt que rapporte Gouget au *Traité des Hypothèques,* que Lebrun révoque en doute. (*V.* Lebrun, liv. 4, ch. 2, sect. 1. n° 13 et suiv.)

Si un débiteur insolvable acceptait une succession notoirement mauvaise, de manière qu'il parût qu'il l'a fait en fraude de ses propres créanciers, je pense que ce serait le cas auquel les créanciers pourraient demander la séparation de ses propres biens d'avec ceux de la succession, en faisant rescinder cette acceptation, et l'obligation contractée par leur débiteur en fraude de leurs créances envers les créanciers de cette succession; car tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être rescindé, même les obligations qu'il contracte [4]. La loi 3, ff. *Quæ in fraud.* y est formelle. *Sive se obligavit frau-*

---

[1] Pothier admet l'opinion de Sabinien L. 3, § 2. ff. *de Separationibus :* malgré la demande en séparation des patrimoines, il considère l'héritier comme étant toujours débiteur envers les créanciers; il prétend que les créanciers en demandant la séparation, n'ont pas eu l'intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux par l'acceptation. Mais dans ce système, on ne comprend pas pourquoi les créanciers du défunt ne pourraient pas concourir avec les créanciers de l'héritier sur les biens de celui-ci : l'équité dont parle ici Pothier, ne nous paraît pas une raison suffisante; rien n'empêche un créancier d'avoir une cause de préférence sur *tels* biens, et de concourir avec les autres créanciers, sur le prix des autres biens du même débiteur, il n'y a en cela aucune iniquité.

[2] L'art. 879, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 220, note 1, nous paraît exclure la réunion des deux qualités de *créancier du défunt* et de *créancier de l'héritier.*

[3] *V.* art. 881, C. civ.

Art. 881 : « Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines « contre les créanciers de la succession. »

[4] *V.* art. 1167, C. civ.

Art. 1167 : «(Les créanciers) peuvent, « en leur nom personnel, attaquer les ac-

dandorum creditorum causâ, vel quodcumque aliud fecit in fraudem creditorum : palàm est edictum locum habere. C'est apparemment l'espèce de l'arrêt de Gouget; hors ce cas, je ne pense pas que les créanciers de l'héritier puissent demander la séparation.

CHAPITRE VI.

Des successions irrégulières.

On appelle *succession irrégulière* celle qui est déférée au roi, ou aux seigneurs hauts justiciers en certains cas : on peut aussi appeler de ce nom *la cotte-morte,* ou droit de succéder au pécule délaissé par les religieux curés.

Le roi seul a droit, à l'exclusion des seigneurs hauts justiciers, de succéder aux biens délaissés par des aubains qui n'ont point obtenu des lettres de naturalisation [1]. Ce droit souffre plusieurs exceptions qui ont été rapportées au chapitre premier de ce Traité.

Le roi succède seul aussi aux biens des Français bâtards qui meurent *intestat* et sans héritiers [2], à moins que les seigneurs hauts justiciers ne soient dans le cas de les recueillir. Or, le seigneur haut-justicier ne peut y succéder, à moins que trois choses ne concourent— : 1° que le bâtard soit né dans le territoire de sa justice ; — 2° qu'il y ait son domicile lors de son décès ;—3° que ses biens y soient situés.

Le droit du roi ou du seigneur haut-justicier cesse, si le bâtard français a disposé de ses biens par un testament valable, ou s'il a laissé des héritiers, par exemple, des enfants nés en légitime mariage, ou sa femme suivant le titre *undè vir et uxor.*

Les seigneurs hauts-justiciers ont aussi le droit de succéder par droit de déshérence aux autres citoyens qui décèdent sans héritiers, et sans avoir disposé de leurs biens [3]. Le droit des seigneurs étant attaché à leur droit de justice, ils succèdent seulement aux immeubles qui sont situés dans leur territoire, et aux meubles qui s'y trouvent ; il n'est pas nécessaire, pour l'exécution du droit de déshérence, que celui de la succession duquel il s'agit, soit né dans le territoire du seigneur, et qu'il y décède.

Si celui qui est décédé a laissé dans sa succession des propres d'une certaine ligne [4], et qu'il ne se trouve aucun parent de la ligne, mais qu'il se trouve ce-

---

« tes faits par leur débiteur en fraude « de leurs droits. — Ils doivent néan- « moins, quant à leurs droits énoncés « au titre *des successions* et au titre « *du contrat de mariage et des droits* « *respectifs des époux*, se conformer « aux règles qui y sont prescrites. »

[1] *V.* loi 14 juillet 1819. *V.* ci-dessus p. 9, note 1.

[2] *V.* art. 765, ci-dessus, p. 17, note 1, et 766, C. civ.

Art. 766 : « En cas de prédécès des « père et mère de l'enfant naturel, « les biens qu'il en avait reçus, pas- « sent aux frères ou sœurs légitimes, « s'ils se retrouvent en nature dans la « succession : les actions en reprise, « s'il en existe, ou le prix de ces biens « aliénés, s'il est encore dû, retour- « nent également aux frères et sœurs « légitimes. Tous les autres biens pas- « sent aux frères et aux sœurs natu- « rels, ou à leurs descendants. »

[3] Ces droits ont été abolis par les lois nouvelles.

[4] Notre Code n'admet point la dis-

pendant d'autres parents qui ne soient pas de la ligne, le droit de déshérence n'aura pas lieu, et les biens appartiendront au plus prochain habile à succéder. Coutume d'Orléans, art. 326, Paris, 330.

Lorsque quelqu'un est condamné à peine capitale, et que la sentence a été mise à exécution, ou que le temps de cinq ans accordé aux condamnés par contumace est expiré, sans qu'il se soit représenté, la confiscation a lieu au profit des seigneurs hauts-justiciers[1], par rapport aux biens, meubles ou immeubles qui se trouvent dans leur juridiction. Coutume d'Orléans, art. 331. Paris, 183.

A l'égard des dettes actives, elles ne peuvent appartenir, ainsi que dans le cas de la déshérence, qu'à celui des seigneurs dans la juridiction duquel celui dont il s'agit avait son domicile.

Ces sortes de successions sont appelées *irrégulières*, parce que ceux qui succèdent de cette manière, ne succèdent pas à la personne, mais seulement aux biens, d'où il suit qu'ils sont tenus des dettes comme charges des biens, et jusqu'à concurrence de la valeur des biens, mais ils ne sont pas tenus comme les héritiers *ultrà vires*, et par conséquent ils peuvent en être déchargés, en abandonnant les biens aux créanciers[2].

Il en est de même de la *cotte-morte* ou *pécule des religieux;* soit que ce soit le monastère dont ce religieux était membre qui lui succède, soit que ce soit la fabrique de la paroisse dont il était curé à son décès, suivant la jurisprudence du parlement, établie par l'arrêt rendu le 11 mars 1710, pour la succession d'un Prémontré, décédé curé de Saint-Léger, diocèse d'Amiens; ceux qui recueillent la succession ne succèdent qu'à la charge des dettes, mais ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence du pécule.

Les arrêts les plus récents rendus au grand conseil, ont adjugé la cotte-morte des religieux décédés curés, aux religieux, à l'exclusion des abbés. Arrêts des 17 novembre 1718, et 27 mai 1724, rapportés par Richer, en son *Traité de la Mort civile*, ch. 5, sect. 3, division 2, *in fine*. Arrêts des 5 janvier 1750, et 30 avril 1760, rapportés par Denizart, dans son *Répertoire* (v° *Cotte morte*, n°s 11 et 12.)

---

tinction des *propres :* mais il admet la dévolution d'une ligne à l'autre à défaut de parents dans une des lignes. *V.* art. 733, dernier alinéa, ci-dessus, p. 70, note 1.

[1] La confiscation est abolie, art. 57, charte ci-dessus, p. 82, note 2.

[2] Il faut appliquer cette doctrine à l'enfant naturel, au conjoint survivant et à l'état.

FIN DU TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

TRAITÉ
DES DONATIONS
TESTAMENTAIRES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Les *donations testamentaires* sont celles qui sont faites par testament.

Le *testament* est la déclaration qu'une personne fait, selon la forme prescrite par la loi, de ses dernières volontés sur la disposition qu'elle entend faire de ses biens après sa mort [1].

Cela revient à cette définition des Institutes : *Testamentum est justa voluntatis sententia de eo quod post mortem suam quis fieri velit.*

2. Par le droit romain, il y a différence entre *testament* et *codicille*. Le *testament* est l'acte qui contient l'institution d'héritier. Les *codicilles* sont des actes qui ne contiennent aucune institution d'héritier, mais seulement des legs et fidéicommis. Selon nos coutumes, qui n'ont point admis l'*institution d'héritier*, il n'y a aucune différence entre *testaments* et *codicilles*, et les testaments ne sont parmi nous autre chose que ce qui est appelé par le droit romain *codicille* [2].

Néanmoins, selon l'usage ordinaire de parler, nous appelons ici *testament* l'acte qui contient les principales dispositions du défunt ; et *codicilles*, les actes par lesquels il y a ajouté quelques autres dispositions : mais cette diffé-

---

[1] *V.* art. 895, C. civ.

Art. 895 : « Le testament est un acte « par lequel le testateur dispose, pour « le temps où il n'existera plus, de tout « ou partie de ses biens, et qu'il peut « révoquer. »

[2] *V.* art. 967 et 1002, C. civ.

Art. 967 : « Toute personne pourra « disposer par testament, soit sous le « titre d'institution d'héritier, soit sous « le titre de legs, soit sous toute autre « dénomination propre à manifester sa « volonté. »

Art. 1002 : « Les dispositions testa- « mentaires sont ou universelles, ou à « titre universel, ou à titre particulier. « — Chacune de ces dispositions, soit « qu'elle ait été faite sous la dénomi- « nation d'institution d'héritier, soit « qu'elle ait été faite sous la dénomi- « nation de legs, produira son effet « suivant les règles ci-après établies « pour les legs universels (art. 1003 à « 1009), pour les legs à titre universel « (art. 1010 à 1013), et pour les legs « particuliers (art. 1014 à 1024). »

rence n'est que dans les mots, et il n'y a aucune différence, selon notre droit coutumier, entre *testament* et *codicille* [1].

Nos testaments n'étant, selon notre droit coutumier, autre chose que ce qu'étaient par le droit romain les codicilles *ab intestat ;* il suit de là qu'une personne peut faire plusieurs testaments, qui sont tous valables, en ce qu'ils ne contiennent rien de contraire [2].

CHAPITRE PREMIER.

De la forme des testaments.

3. Le testament est un acte qui appartient au droit civil, et qui, pour être valable, doit être fait selon les formes prescrites par les lois [3].

Art. Ier. — Des règles générales sur les formes des testaments.

4. Il y a différentes formes de faire les testaments, qui sont autorisées par les lois du royaume.

Elles ont toutes cela de commun : 1° Que chaque personne qui veut faire son testament, en quelque forme qu'elle le fasse, le doit faire séparément, et non point conjointement avec une autre personne ; c'est ce qui est établi par l'ordonnance de 1735, qui, article 77, abroge et défend l'usage des *testaments mutuels*, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes [4].

Le motif de cette loi paraît avoir été afin que les testateurs eussent plus de liberté, et ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec qui ils feraient conjointement leur testament.

5. L'ordonnance excepte les actes de partage entre enfants et descendants, lesquels, dans les pays où ils sont en usage, article 17, peuvent se faire par les père et mère conjointement [5], art. 77.

---

[1] Il en est exactement de même sous l'empire du Code civil.

[2] *V.* art. 1036, C. civ.

Art. 1036 : « Les testaments posté- « rieurs qui ne révoqueront pas d'une « manière expresse les précédents, « n'annuleront, dans ceux-ci, que « celles des dispositions y contenues « qui se trouveront incompatibles avec « les nouvelles, ou qui y seront con- « traires. »

[3] *V.* art. 1001, C. civ.

Art. 1001 : « Les formalités aux- « quelles les divers testaments sont as- « sujettis par les dispositions de la pré- « sente section (art. 981 à 1000, règles « particulières sur la forme de certains « testaments) et de la précédente (art. « 967 à 980, règles générales sur la « forme des testaments), doivent être « observées à peine de nullité. »

[4] *V.* art. 968 et 1097, C. civ.

Art. 968 : « Un testament ne pourra « être fait dans le même acte par deux « ou plusieurs personnes, soit au pro- « fit d'un tiers, soit à titre de disposi- « tion réciproque et mutuelle. »

Art. 1097 : « Les époux ne pour- « ront, pendant le mariage, se faire, ni « par acte entre-vifs, ni par testament, « aucune donation mutuelle et réci- « proque par un seul et même acte. »

[5] Il est à regretter que cette exception n'ait pas été reproduite par la loi nouvelle, mais l'art. 1076 du Code nous paraît l'exclure formellement.

Art. 1076 : « Ces partages (faits par « des ascendants au profit de leurs « enfants) pourront être faits par « actes entre-vifs ou testamentaires, « avec les formalités, conditions et « règles prescrites pour les dona- « tions entre-vifs et testaments. — Les « partages faits par actes entre-vifs ne « pourront avoir pour objet que les « biens présents. »

Elle déclare aussi n'entendre *rien innover à l'égard des donations mutuelles pour cause de mort..., suivant la réserve portée par l'art. 46 de l'ordonnance de* 1731. Cet article, auquel cette ordonnance renvoie, parle des dons mutuels et autres donations faites entre mari et femme.

Cette disposition peut se rapporter aux testaments mutuels qui se font dans la coutume de Dunois entre mari et femme. Il y a d'autant plus lieu de décider que ces testaments ont continué d'être valables depuis l'ordonnance, que par cette coutume il n'est pas permis à un mari et à une femme de se donner autrement que par testament mutuel; de manière que si le testament mutuel leur était interdit, ils ne pourraient plus user du droit que la coutume leur accorde de se donner; mais les dispositions faites à des tiers par ces testaments doivent être déclarées nulles depuis l'ordonnance.

6. Les formes de tester ont : 2° de commun, que le testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit; c'est la disposition de l'article 1er de l'ordonnance de 1735 : *Toutes dispositions testamentaires seront faites par écrit*[1]. Cet écrit n'est pas seulement requis pour la preuve de ces dispositions; mais il appartient même à la forme de la disposition; c'est pourquoi l'ordonnance rejette la preuve par témoins des dispositions qui ne seraient pas par écrit, quelque modique que fût la somme dont le défunt aurait disposé.

C'est : 3° une règle commune à tous les testaments, qu'ils ne peuvent se faire par signes; l'ordonnance, article 2, les déclare nuls, encore qu'ils eussent été rédigés par écrit sur lesdits signes : les signes ont paru quelque chose de trop équivoque pour autoriser des dernières volontés déclarées de cette manière[2].

7. Il y a deux formes de testament, celle du *testament olographe*, et celle du *testament solennel;* on peut encore ajouter celle du *testament militaire*, et celle du *testament fait en temps de peste*.—Les testaments, pour être valables, doivent être faits suivant quelqu'une de ces formes[3].

L'ordonnance de 1735, article 3, déclare expressément nulles les dispositions testamentaires qui seraient faites par *lettres missives*[4].

---

[1] Notre Code suppose la nécessité de la rédaction par écrit, même pour les testaments les plus favorisés, à l'égard desquels on s'est écarté des règles du droit commun. *V.* art. 998, C. civ.

Art. 998 : « Les testaments compris « dans les articles ci-dessus de la pré« sente section (art. 981 à 997, règles « particulières sur la forme de certains « testaments), seront signés par les tes« tateurs et par ceux qui les auront re« çus.—Si le testateur déclare qu'il ne « sait ou ne peut signer, il sera fait men« tion de sa déclaration, ainsi que de la « cause qui l'empêche de signer.—Dans « le cas où la présence de deux témoins « est requise, le testament sera signé « au moins par l'un d'eux, et il sera « fait mention de la cause pour laquelle « l'autre n'aura pas signé. »

[2] Le Code exige la *dictée* du testateur. *V.* art. 972, C. civ.

Art. 972 : « Si le testament est reçu « par deux notaires, il leur est dicté « par le testateur, et il doit être écrit « par l'un de ces notaires tel qu'il est « dicté.—S'il n'y a qu'un notaire, il « doit également être dicté par le tes« tateur, et écrit par ce notaire.—Dans « l'un et l'autre cas, il doit en être don« né lecture au testateur, en présence « des témoins.—Il est fait du tout men« tion expresse. »

[3] *V.* art. 969, C. civ.

Art. 969 : « Un testament pourra « être olographe, ou fait par acte pu« blic ou dans la forme mystique. »

Il faut encore ajouter les testaments qui ont des règles particulières (art. 981 à 1000, C. civ.).

[4] Le Code n'a point reproduit cette disposition; nous en devons conclure que le testament, par lettre missive, sera valable pourvu : — 1° qu'on y trouve tout ce que la loi exige pour le testament olographe;—2° qu'on y voie l'intention de disposer, de léguer actuellement, et non pas un projet de faire plus tard des dispositions au profit de la personne désignée.

ART. II. — Du testament olographe.

§ 1er. *Ce que c'est, et où a-t-il lieu?*

8. Le *testament olographe* est celui qui est entièrement écrit et signé de la propre main du testateur [1].

Le testament olographe est admis dans tout le pays coutumier. — A l'égard des provinces régies par le droit écrit, l'ordonnance de 1735, dit qu'il sera admis dans les provinces où il était en usage avant l'ordonnance [2].

9. Dans cette variété de lois touchant le testament olographe, doit-on suivre celle du domicile du testateur, ou celle du lieu où le testament olographe a été écrit?—En faveur de celle du domicile on dit, qu'en fait de formalités d'actes, la règle est qu'on suit la loi du lieu où l'acte se passe; mais cette règle, dit-on, n'a lieu que pour les actes solennels qui sont faits par personnes publiques, ces personnes devant se conformer à la loi et au style du lieu où elles sont personnes publiques. Le testament olographe est plutôt un testament dispensé de solennités, qu'un acte solennel, à l'égard duquel la règle ci-dessus citée ne reçoit, par conséquent, aucune application; c'est pourquoi c'est plutôt la loi du domicile du testateur qui doit décider si le testament olographe doit être admis ou non, puisque c'est la loi qui gouverne sa personne et a empire sur la personne qui seule peut le dispenser des solennités des testaments, en lui permettant d'en faire un olographe dans le particulier; d'où il suit que, lorsque le testateur est domicilié dans un pays où la loi permet l'usage des testaments olographes, il en peut faire un quelque part où il se trouve, et qu'au contraire, il n'en peut faire nulle part si la loi de son domicile qui régit sa personne ne lui permet pas.

On dit, au contraire, pour la coutume du lieu où le testament olographe a été passé, que c'est mal à propos qu'on restreint aux actes reçus par personnes publiques la règle qui décide que les formes des actes se règlent par la loi du lieu où ils ont été passés, que cette règle doit avoir lieu à l'égard de tous les actes sujets à quelques formes, soit qu'ils soient faits par des personnes publiques, soit qu'ils soient faits par des particuliers, et, par conséquent, qu'elle doit avoir lieu à l'égard des testaments olographes qui ne sont pas simplement, comme on le dit, des testaments dispensés des formes, mais des testaments d'une forme particulière; l'obligation imposée au testateur de les écrire en entier de sa propre main, de les dater et signer, étant une véritable forme. Ce dernier sentiment paraît autorisé par un arrêt du 14 juillet 1722, rapporté au septième volume du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 31), qui a déclaré nul un testament olographe fait en Italie [3].

§ II. *De la forme intrinsèque du testament olographe.*

10. La loi ne requiert rien autre chose touchant sa forme, sinon qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur. Ordonnance de 1735, art. 20. Un seul mot qui serait écrit d'une autre main rendrait ce testament

---

[1] *V.* art. 970, C. civ.
Art. 970 : « Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit « en entier, daté et signé de la main « du testateur : il n'est assujetti à au- « cune autre forme. »

[2] Il est admis aujourd'hui dans toute la France.

[3] *V.* art. 999, C. civ.
Art. 999 : « Un Français qui se trou- « vera en pays étranger, pourra faire « ses dispositions testamentaires par « acte sous signature privée, ainsi qu'il « est prescrit en l'art. 970, ou par acte « authentique, avec les formes usitées « dans le lieu où cet acte sera passé. »

nul, quand même ce mot serait superflu dans le testament; car on ne pourrait dire que le testament est *entièrement écrit* de la main du testateur, ce qui est de la forme essentielle de ce testament; c'est ce qui a été jugé pour le testament de la dame Berroyer, qui avait fait légataire universel son beau-frère, par un testament écrit de sa main dans lequel le terme de *beau* se trouvait écrit en interligne d'une autre main; la Cour, après avoir ordonné une vérification par experts, déclara le testament nul.

Observez néanmoins que, pour qu'un interligne écrit d'une autre main viliât le testament, il faudrait qu'il fût constant qu'il en fît partie, *putà,* par l'approbation que le testateur aurait faite de l'interligne, autrement il serait au pouvoir d'un tiers en la possession duquel un testament tomberait, de détruire ce testament en y insérant quelque interligne, ce qui ne doit pas être.

A plus forte raison, un testament écrit d'une main tierce serait-il nul quoique daté et signé de la main du testateur, et quoique chaque disposition fût apostillée de sa main par ces mots, bon pour une telle somme.

11. Si le testament contenait plusieurs dispositions qui fussent chacune datée et signée, et que l'une d'elles ne fût pas entièrement écrite de la main du testateur, les autres ne laisseraient pas d'être valables; car ce sont comme autant de testaments dont la nullité de l'un ne doit pas entraîner la nullité des autres par la règle : *utile per inutile non vitiatur. Secùs*, si toutes étaient souscrites par une seule signature.

La date que l'ordonnance requiert pour le testament olographe est celle du jour, du mois et de l'année qu'il est fait, art. 38. Il est mieux d'écrire cette date en lettres, ce ne serait pas néanmoins une nullité si elle était écrite en chiffres, n'y ayant aucune loi qui le défende.

La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection.

C'est pourquoi si le testateur avait, après et au bas de sa signature, écrit de sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette disposition non signée serait nulle. Il n'est pas, à la vérité, nécessaire de signer chacune de ces dispositions, et la signature du testateur qui est en fin du testament, confirme toutes les dispositions du testament qui la précèdent; mais cette signature ne peut se référer à ce qui est écrit après, ni par conséquent la confirmer.

12. L'expression du lieu où le testament olographe a été fait n'est pas nécessaire pour sa validité, puisqu'aucune loi ne requiert cette expression.

Les interlignes ne sont pas défendus dans un testament olographe; il suffit qu'ils soient reconnus pour être de la main du testateur, pour mériter foi.

Les ratures qui se trouvent dans un testament olographe n'annulent que la disposition qui se trouve raturée; toutes les autres ne laissent pas de subsister.

Si même dans une disposition il y avait quelques mots de raturés qui ne fussent pas essentiels, ces ratures n'empêcheraient pas la validité même de la disposition où elles se trouveraient (arrêt du 11 juillet 1716) : mais si c'était le nom de la chose ou de la somme léguée, ou celui de la personne à qui le legs est fait qui fût raturé, il est évident que la disposition ne devrait pas être valable.

13. Toutes ces décisions sont indistinctement vraies lorsqu'on peut lire ce qui est raturé; mais lorsque les ratures sont telles, qu'on ne peut rien lire de ce qui est raturé, la partie raturée peut quelquefois donner lieu à faire infirmer tout le testament; savoir, lorsque le testament était en la possession de celui au profit de qui il était fait, et qu'on pût soupçonner que ce soit lui qui ait fait les ratures; car, comme ce qui est raturé pouvait contenir une révoca-

tion ou limitation des dispositions non raturées, la volonté du testateur, même à l'égard des dispositions non raturées, ne se trouvant point certaine, le testament ne doit point avoir effet, même à l'égard de ces dispositions. Il y a apparence que c'était l'espèce de l'arrêt de 1621, cité par les auteurs, qui a infirmé pour le tout un testament dans lequel il y avait plusieurs ratures, quoique non lisibles. Hors ce cas les ratures quoique non lisibles ne doivent point donner atteinte aux parties du testament qui se peuvent lire, suivant les lois 2 et 3, ff. *de His quæ in testamento delentur.*

§ III. *De la forme extrinsèque.*

14. Nous avons vu ce qui appartenait ou non à la forme intrinsèque et substance du testament olographe; il est de plus sujet à des formes extrinsèques, pour que ceux au profit de qui il est fait puissent former en conséquence action en justice pour la délivrance de ce qui leur est légué.

15. Ces formes sont: 1° l'acte de dépôt qui doit s'en faire chez un notaire par la personne qui se trouve porteur du testament.

Cet acte est, en un cas, requis pour la validité du testament; savoir, lorsque le testateur a fait profession religieuse, son testament olographe est nul, s'il ne l'a déposé et reconnu par-devant notaire avant l'émission de ses vœux solennels (ordonnance de 1735, art. 21) : ce qui est ordonné pour empêcher que des religieux ne fissent des testaments depuis leur profession qu'ils antidateraient du temps avant leur profession.

Hors ces cas, le dépôt du testament n'est pas requis pour la validité du testament, et ce dépôt ne se fait que pour qu'il en demeure une minute dont on puisse donner des expéditions à tous ceux qui ont intérêt au testament. C'est pour cette raison qu'on a coutume de déposer les testaments olographes; il n'importe que ce soit avant ou depuis la mort du testateur que ce dépôt se fasse, ni par qui il se fasse.

Il est défendu aux curés qui reçoivent des testaments d'en délivrer des expéditions à peine de nullité; c'est pour cela qu'il leur est enjoint de le déposer chez un notaire incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant [1]; ordonnance de 1735, art. 26.

2° Le contrôle et l'insinuation qui doivent se faire du testament, appartiennent aussi à sa forme extrinsèque; ces formes ne sont pas requises pour sa validité, mais seulement en faveur du fisc; c'est pourquoi la demande en délivrance de legs faite en vertu d'un testament ni contrôlé ni insinué, n'en est pas moins valable, mais celui qui l'a donnée, les procureurs qui ont agi sur une pareille demande sont exposés à des condamnations d'amende.

3° Il faut qu'il soit reconnu par les héritiers pour être écrit et signé de la main du testateur, ou que sur leur refus de le reconnaître, l'écriture soit vérifiée par des experts.

---

[1] *V.* art. 1007, C. civ., qui prescrit la même formalité.

Art. 1007 : « Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis. — Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés. »

16. Lorsque le testateur l'a reconnu lui-même de son vivant pardevant les notaires chez qui il en a fait le dépôt, pour être entièrement écrit et signé de de sa main, je pense qu'il ne faut pas d'autre reconnaissance [1].

Les actes de dépôt et de reconnaissance sont, comme nous l'avons dit, des actes extrinsèques au testament; c'est pourquoi quand il s'y trouverait quelque défaut, cela ne donnerait aucune atteinte au testament.

ART. III. — Du testament solennel en pays coutumier.

§ Ier. *Exposition générale des formalités du testament solennel en pays coutumier.*

17. Les différentes coutumes requéraient différentes solennités pour les testaments, auxquels l'ordonnance de 1735, art. 22, a dérogé. Elle a ordonné que dans tous les pays où les formes du droit écrit n'étaient pas établies, il n'y aurait plus que deux formes de faire un testament ; la forme du testament olographe dont il a été parlé en l'article précédent, et celle du testament reçu par personnes publiques.

18. Les solennités de ce dernier consistent, 1° En ce qu'il doit être reçu par deux notaires ou par un notaire avec deux témoins [2]. Les autres personnes publiques qui, par la coutume du lieu, ont qualité pour recevoir des testaments, peuvent les recevoir à la place d'un notaire.

Dans les actes ordinaires, on tolère qu'un notaire signe en second un acte reçu par son confrère, auquel il n'a pas été présent [3]; mais lorsqu'un testament est reçu par deux notaires, il est indispensable que les deux notaires y soient présents. Le testament serait déclaré faux, s'il était prouvé que l'un des notaires l'eût signé sans être présent, et le notaire serait très punissable [4].

Les témoins qui sont appelés pour la confection du testament doivent être nommés et suffisamment désignés par le testament, de manière qu'on les puisse connaître; au reste, l'omission de leur qualité ne fait pas une nullité, pourvu qu'ils soient suffisamment désignés d'ailleurs : suivant ces principes, par un arrêt du 31 août 1722, un testament a été confirmé, quoique la qualité des témoins n'eût été exprimée que par ces termes, principaux habitants de ce village [5].

---

[1] Le testament olographe doit être enregistré, et s'il y a contestation sur l'écriture c'est au légataire à poursuivre la vérification.

[2] *V.* art. 971, Code civ.

Art. 971 : « Le testament par acte « public est celui qui est reçu par deux « notaires, en présence de deux té« moins, ou par un notaire, en pré« sence de quatre témoins. »

[3] Art. 2, loi du 21 juin 1843 : « A l'ave« nir les actes notariés contenant dona« tion entre-vifs, donation entre époux « pendant le mariage, révocation de « donation ou de testament, reconnais« sance d'enfants naturels, et les pro« curations pour consentir ces divers « actes seront, à peine de nullité, re« çus conjointement par deux notaires, « ou par un notaire en présence de « deux témoins.—La présence du no« taire en second ou des témoins n'est « requise qu'au moment de la lecture « des actes par le notaire et de la si« gnature par les parties : elle sera « mentionnée à peine de nullité. »

[4] Il faut bien que les deux notaires soient présents à l'acte, puisque la loi dit que le testament *leur* est dicté.

[5] *V.* art. 12, loi du 25 vent. an 11.

Art. 12 : « Tous les actes doivent « énoncer les nom et lieu de résidence « du notaire qui les reçoit, à peine de « cent francs d'amende contre le no« taire contrevenant.—Ils doivent éga« lement énoncer les noms des témoins « instrumentaires, leur demeure, le « lieu, l'année et le jour où les actes

2° Le notaire, ou autre personne publique, ayant qualité pour recevoir les testaments, doit l'écrire tel que le testateur le lui dictera, art. 23.

Cet article porte expressément, ***lesquels notaires ou tabellions ou l'un d'eux écriront;*** c'est pourquoi il n'est plus douteux que le testament doit être écrit de la main du notaire ou autre personne publique qui le reçoit, et qu'il ne suffirait pas que cette personne publique le fît écrire par un autre, et le signât[1].

3° Il doit, après l'avoir écrit, en faire lecture au testateur, et faire mention expresse de cette lecture, art. 23.

4° Enfin, il doit le signer et le faire signer par les témoins et par le testateur; et au cas que le testateur ait déclaré ***qu'il ne sait ou ne peut signer***, il en doit faire mention [2].

19. Toutes les autres formalités requises par les différentes coutumes, ne sont plus nécessaires; par exemple, il n'est plus nécessaire d'exprimer que le testament a été dicté [3] et nommé, lu et relu, fait sans suggestion, etc.

Les ratures, quoique non approuvées, qui se trouvent dans les testaments reçus par personnes publiques, ne forment aucun défaut, et ne sont d'aucune considération lorsqu'elles n'intéressent point la disposition. Arrêt du 11 juillet 1716, au 6e vol. du *Journal* (liv. 6, ch. 53).

Les interlignes qui s'y trouvent sont regardés comme nuls; mais ne préjudicient pas au surplus du testament [4].

§ II. *De la compétence ou capacité de celui qui reçoit le testament.*

20. Le notaire qui reçoit le testament doit être compétent, il faut pour cela qu'il le reçoive dans l'étendue de la juridiction où il est notaire.

« sont passés, sous les peines prononcées par l'art. 68 (nullité et dommages-intérêts) et même de faux, si le cas y échoit. »

[1] *V.* art. 972, C. civ., ci dessus p. 227, note 2.

[2] *V.* art. 973, 974, C. civ.

Art. 973 : « Ce testament (par acte public) doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. »

Art. 974 : « Le testament devra être signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire. »

[3] Le notaire doit mentionner : *la dictée, l'écriture et la lecture, le tout* en présence de témoins.

[4] *V.* art. 15 et 16, Loi du 25 vent. an 11.

Art. 15 : « Les renvois et apostilles ne pourront, sauf l'exception ci-après, être écrits qu'en marge; ils seront signés ou paraphés, tant par les notaires que par les autres signataires, à peine de nullité des renvois et apostilles. Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il devra être non-seulement signé ou paraphé comme les renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi. »

Art. 16 : « Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte; et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés, seront nuls. Les mots qui devront être rayés, le seront de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et approuvé de la même manière que les renvois écrits en marge; le tout à peine d'une amende de cinquante francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude. »

Cependant les notaires des Châtelets de Paris, Orléans et Montpellier, pouvant, par un privilège particulier de ces Châtelets, recevoir des actes par tout le royaume, ils y peuvent, par conséquent, recevoir des testaments [1].

Ce privilége est établi par l'art. 463 de notre coutume.

21. Il n'est pas nécessaire, pour qu'un notaire, quoique subalterne, soit compétent, que le testateur soit domicilié dans le territoire de la juridiction de ce notaire, ni que les biens dont il dispose y soient situés, les règlements qui défendent à ces notaires de passer des actes pour autres personnes que pour personnes domiciliées dans leur juridiction, ni pour autres biens que ceux qui y sont situés, ayant cessé d'être observés depuis que les offices des notaires royaux établis dans les juridictions seigneuriales ont été débités.

22. Un notaire, quoique mineur, reçoit valablement un testament, non-seulement lorsqu'il a obtenu du roi une dispense d'âge, mais même lorsque par subreption, et sur un faux extrait baptistaire, il a été reçu notaire ; la bonne foi des parties qui le voient en possession de son état de notaire, rend valables les actes qu'il reçoit, suivant ce qui est décidé en une espèce peu différente en la loi *Barbarius Philippus* [2], ff. *de off. Præt.*

Il en est autrement du testament qui aurait été reçu par un notaire interdit, quand même le testateur aurait ignoré l'interdiction ; car il est plus facile d'en avoir connaissance, et ces interdictions sont connues dans le lieu.

23. Un notaire peut recevoir le testament de ses parents, même de son père, comme il a été jugé par un arrêt (du 9 avril 1647) rapporté par Lemaître (tit. 14, ch. 1er, art. 289); il doit être moins suspect que tout autre pour attester les dernières volontés de son père [3].

24. Un notaire apostolique n'est pas compétent pour recevoir un testament; car ces notaires ne sont compétents que pour les actes qui concernent la juridiction ecclésiastique: or, les testaments n'appartiennent pas à cette juridiction.

Observez néanmoins que par édit de décembre 1691, le roi a créé des notaires royaux apostoliques, auxquels il a donné le pouvoir, concurremment avec les autres notaires, de recevoir les testaments des gens d'église; mais ce n'est pas en leur simple qualité de notaires apostoliques qu'ils ont ce droit, mais en leur qualité d'officiers royaux, et en vertu de cet édit, qui leur en donne le droit [4].

25. Quoique les secrétaires du roi aient le titre de *Notaires*, ils ne sont pas compétents pour recevoir des testaments.

---

[1] Art. 5 et 6, Loi du 25 vent. an 11.

Art. 5 : « Les notaires exercent leurs « fonctions, savoir, ceux des villes où « est établi le tribunal d'appel, dans l'é- « tendue du ressort de ce tribunal;— « Ceux des villes où il n'y a qu'un tri- « bunal de première instance, dans l'é- « tendue du ressort de ce tribunal ;— « Ceux des autres communes, dans « l'étendue du ressort du tribunal de « paix. »

Art. 6 : « Il est défendu à tout no- « taire d'instrumenter hors de son res- « sort, à peine d'être suspendu de ses « fonctions pendant trois mois, d'être « destitué en cas de récidive, et de tous « dommages-intérêts. »

[2] Il faut encore faire cette distinction sur l'art. 1318, C. civ.

Art. 1318 : « L'acte qui n'est point « authentique par l'incompétence ou « l'incapacité de l'officier, ou par un « défaut de forme, vaut comme écri- « ture privée, s'il a été signé des par- « ties. »

[3] *V.* art. 8, Loi du 25 vent. an 11.

Art. 8 : « Les notaires ne pourront « recevoir des actes dans lesquels leurs « parents ou alliés, en ligne directe à « tous les degrés, et en collatérale jus- « qu'au degré d'oncle ou de neveu in- « clusivement, seraient parties, ou qui « contiendraient quelque disposition en « leur faveur. »

[4] Nous n'avons plus en France de notaires apostoliques.

26. L'ordonnance, art. 25, permet aux curés de recevoir des testaments dans l'étendue de leurs paroisses, dans les lieux où la coutume le permet. Notre coutume d'Orléans est de ce nombre [1].

L'ordonnance le permet même aux curés réguliers; il y avait une raison de douter qui est que, les réguliers ne jouissant pas de l'état civil, paraissaient devoir être incapables de tous offices civils, et par conséquent, de recevoir des testaments. La réponse à cette raison est que les lois, en permettant à ces réguliers de tenir des cures, les rendent capables de toutes les fonctions civiles attachées à leurs qualités de curés.

27. C'est une question si un curé interdit par le supérieur ecclésiastique peut recevoir des testaments?

Pour la négative on dit :

1° Que la puissance ecclésiastique n'ayant aucun empire sur les fonctions civiles, et sur tout ce qui est de l'ordre civil, l'interdiction prononcée par un juge ecclésiastique, ne peut, à la vérité, directement et *per se*, s'étendre à la fonction de recevoir des testaments, qui est une fonction civile, mais qu'elle peut s'y étendre indirectement et *per consequentias*, en ce que la loi civile accordant le droit des testaments aux curés en leur qualité de curés, et l'interdiction du juge ecclésiastique suspendant le curé de son état de curé, le curé interdit de son état de curé, est indirectement interdit de tout ce qui y est attaché, et par conséquent, de la fonction de recevoir des testaments.

On ajoute;

2° Que les rois ayant accordé aux juges ecclésiastiques une juridiction, et le droit de rendre des décrets, ils sont censés leur avoir accordé ce qui en est une suite, savoir, le droit d'interdire, même des fonctions civiles, ceux qu'ils décréteraient;

3° Que le curé, quoique décrété par un juge ecclésiastique, devient suspect, et cesse d'être d'une réputation assez entière pour pouvoir faire des fonctions publiques;

4° Enfin, on dit que l'ordonnance, en donnant aux desservants le droit de recevoir un testament, suppose assez que le curé interdit ne le peut plus.

Telles sont les raisons que M. ***, a employées pour prouver qu'un curé interdit par le supérieur ecclésiastique, ne pouvait recevoir des testaments.

Il me semble qu'on peut répondre, au premier argument, qu'il est vrai que la fonction de recevoir des testaments est attachée à la qualité de curé, mais qu'il suit de là seulement que, si le curé était privé entièrement et déposé de son état de curé par le supérieur ecclésiastique, il serait indirectement privé du pouvoir de recevoir des testaments; mais l'interdiction ne le privant pas de son état de curé, le suspendant seulement des fonctions spirituelles qui y sont attachées, cette interdiction ne peut s'étendre aux fonctions civiles qui sont entièrement indépendantes des fonctions spirituelles et d'un ordre différent.

On répond au second, que nos rois, en accordant une juridiction aux juges ecclésiastiques, leur ont accordé le droit de prononcer des condamnations et des décrets, mais de même que les condamnations qu'ils prononcent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de l'ordre civil, qu'ils ne peuvent en conséquence prononcer des peines qui emportent privation de l'état civil, ni même qui en emportent la moindre diminution, telles que seraient des peines infamantes; de même les décrets qu'ils rendent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de l'ordre civil, et ne peuvent par conséquent suspendre de son état de bonne fame, ni des fonctions civiles, la personne décrétée.

Au troisième argument on répond, que les ecclésiastiques étant sujets à

[1] Les curés n'ont dans aucun cas le droit de recevoir les testaments.

deux juges, au civil, pour les crimes de l'ordre civil, au juge ecclésiastique pour les délits ecclésiastiques, tant qu'il n'est point décrété par le juge civil, mais seulement par le juge ecclésiastique, il ne peut être juridiquement suspect de crime dans l'ordre civil.

Au quatrième argument, on répond qu'on établit des desservants, non-seulement pour le cas auquel un curé est interdit, mais pour cause de démence ou d'infirmité, ou d'absence nécessaire; dans lesquels cas les curés ne pouvant pas faire les fonctions civiles qui leur sont attribuées, non plus que les ecclésiastiques, il était nécessaire de les attribuer en leur place aux desservants.

28. A l'égard du curé décrété de prise de corps, ou seulement d'ajournement personnel, par le juge séculier, il est, en vertu de ces décrets, aux termes de l'ordonnance de 1670, art. 11 du tit. 10, incapable de toutes fonctions civiles, et par conséquent de recevoir des testaments.

Il est même exclu des fonctions spirituelles jusqu'à ce qu'il ait purgé son décret, non en vertu de ce décret, *per se*, le juge séculier n'ayant pas le pouvoir de lier, mais les canons, qui excluent d'exercer les fonctions spirituelles tous ceux qui le sont des fonctions civiles, les excluent.

29. Un curé ne peut recevoir de testaments que sur sa paroisse. Je pense qu'il ne peut aussi, même sur sa paroisse, recevoir les testaments d'autres que de ses paroissiens; car notre coutume dit *le curé du testateur* : ce qui souffre difficulté.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que le testateur ait sur cette paroisse un domicile proprement dit, il suffit qu'il y soit résidant.

30. Il y a plus, lorsqu'une personne se trouve surprise de maladie sur une paroisse où elle ne comptait que passer, et qu'elle y décède, le curé de la paroisse peut recevoir son testament. Ainsi jugé par arrêt du 2 mars 1714, au 6e volume du *Journal des Audiences* (liv. 3, ch. 12).

Un prêtre séculier commis à la desserte d'une cure par l'évêque, a le même droit que le curé pour recevoir des testaments. Ordonnance de 1735, art. 25.

Les desservants réguliers n'ont pas ce droit, l'ordonnance n'ayant parlé que des séculiers.

Notre coutume donnait aussi ce droit aux vicaires, mais l'ordonnance le leur a ôté, art. 25.

31. Suivant le règlement de quelques hôpitaux, autorisés par lettres-patentes dûment registrées, les chapelains ont droit de recevoir les testaments des personnes qui y sont malades.

Notre coutume, art. 289, accorde ce droit aux chapelains de l'Hôtel-Dieu d'Orléans pour les testaments de ceux qui y seront malades et y décéderont.

La coutume accordant ce droit aux chapelains pour les testaments de ceux qui décéderont à l'Hôtel-Dieu, il paraît s'ensuivre que le testament reçu par un desdits chapelains devient nul, lorsque le testateur revenu en santé est sorti de l'Hôtel-Dieu : ce qui peut souffrir difficulté.

L'ordonnance de 1735, art. 25, a conservé ce droit de recevoir des testaments aux chapelains des hôpitaux qui l'avaient.

32. Les curés ou autres personnes ecclésiastiques qui ont reçu un testament, doivent, incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, le déposer chez un notaire du lieu, et ils ne peuvent en délivrer d'expéditions. Ordonnance de 1735, art. 26.

Il y a des lieux où les officiers de justice, jusqu'aux greffiers, ont qualité pour recevoir des testaments; dans d'autres, les officiers municipaux ont ce droit[1]. L'ordonnance de 1735, art. 24, confirme ces usages.

---

[1] Ce droit n'a plus lieu, sauf le cas du testament fait dans un lieu où règne la peste.

33. C'est une chose commune à tous ceux qui reçoivent des testaments que, pour qu'ils les reçoivent valablement, il faut qu'il ne leur soit fait aucun legs par ledit testament, ni à leurs parents. C'est ce qui résulte de l'art. 63 de l'ordonnance de Blois, qui défend aux curés de recevoir des testaments dans lesquels eux ou leurs parents seraient légataires, ce que la jurispruence a étendu aux notaires et autres personnes publiques, qui reçoivent des testaments, y ayant, à l'égard de toutes ces personnes, une entière parité de raison.

34. L'ordonnance, en défendant aux curés de recevoir des testaments, où eux, ou leurs parents seraient légataires, n'a pas déterminé jusqu'à quel degré de parenté. Il y a un arrêt de règlement du 11 août 1607, qui défend aux notaires de recevoir des actes pour leurs cousins germains ou autres parents plus proches; d'où il paraît qu'on doit inférer qu'il leur est défendu de recevoir des testaments dans lesquels leurs cousins germains seraient légataires. Néanmoins par arrêt du 6 juillet 1722, rapporté au 7ᵉ vol. du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 29), un testament reçu par deux notaires, dont l'un était cousin par sa femme du légataire universel, a été confirmé [1].

Quoiqu'un curé profite indirectement des legs faits à la fabrique de son église pour fondations d'obits, saluts, etc., il ne laisse pas de pouvoir valablement recevoir le testament qui contient quelque legs de cette espèce; car on ne peut regarder ces legs comme faits à lui.

§ III. *Quelles personnes peuvent être ou non témoins dans un testament?*

35. Les témoins dont la présence est requise dans les testaments, doivent aussi avoir certaines qualités. Comme les testaments appartiennent entièrement au droit civil; et que la fonction de ces témoins est une fonction civile, *officium civile*, il s'ensuit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de tout leur état civil, qui puissent être témoins dans un testament.

C'est pourquoi, 1° les étrangers qui ne sont point naturalisés, ne peuvent être témoins dans les testaments [2].

2° Les religieux ne le peuvent être; car ils ne jouissent pas de l'état civil. Quand même un religieux aurait été relevé de ses vœux par le pape, il ne serait pas capable de cette fonction; car la puissance du pape, qui est toute spirituelle, et qui ne s'étend point aux choses séculières, ne peut lui restituer la vie civile qu'il a perdue.

Les religieux curés sont aussi incapables de cette fonction; car le bénéfice dont un religieux est pourvu, ne lui rend pas la vie civile.

Pourrait-il être témoin au moins dans le testament d'un de ses paroissiens dans les coutumes où il pourrait, en sa qualité de curé, le recevoir? La raison de douter se tire de cette règle de droit, *non debet ei cui plus licet, id quod minus est non licere* : or, dit-on, c'est quelque chose de plus de recevoir un testament que d'y servir de témoin. Néanmoins je pense qu'il ne peut y servir de témoin quoiqu'il puisse le recevoir. La raison de différence est que sa qualité de curé ne le rend capable que des seules fonctions civiles qui sont attachées à sa qualité de curé; c'est pourquoi il peut bien recevoir le testament de son paroissien, parce que c'est en sa qualité de curé qu'il le reçoit; les lois l'y autorisent; mais il ne peut pas y servir de témoin, parce que ce n'est pas en sa qualité de curé qu'il servirait de témoin. A l'égard de la règle *non debet cui plus licet, etc.* la réponse est que cette règle souffre beaucoup d'exceptions,

---

[1] *V.* art. 8, Loi du 25 vent. an 11. ci-dessus p. 233 note 3.

[2] *V.* art. 980, C. civ., qui renferme la même disposition.

Art. 980 : « Les témoins appelés pour « être présents aux testaments devront « être mâles, majeurs, sujets du roi, « jouissant des droits civils. »

et qu'elle n'a pas d'application toutes les fois qu'il se trouve, comme dans cette espèce, disparité de raison.

A l'égard du religieux évêque, l'éminence de la dignité de l'épiscopat lui rend l'état civil, et le rend par conséquent capable de toutes fonctions civiles.

3° Les novices sont aussi incapables d'être témoins dans les testaments; ordonnance de 1735, art. 41. Quoiqu'ils jouissent encore de la vie civile, qu'ils ne perdront que par leur profession, néanmoins l'habit religieux qu'ils ont pris les sépare du siècle tant qu'ils le portent, et les rend incapables de toutes fonctions civiles et séculières.

4° Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation, soit par un jugement contradictoire, soit par contumace, sont aussi incapables de faire la fonction de témoin dans les testaments;

5° Ceux qui ont été condamnés à une peine infamante le sont aussi; car quoiqu'ils n'aient pas perdu la vie civile, néanmoins l'infamie les rend incapables de toutes fonctions civiles;

6° Ceux qui sont en décret de prise de corps ou même d'ajournement personnel, étant incapables de toutes fonctions publiques et civiles, sont aussi incapables de servir de témoins dans les testaments;

Nous avons déjà observé qu'il faut que le décret soit émané d'un juge séculier, celui qui est émané d'un juge ecclésiastique ne pouvant s'étendre qu'aux fonctions spirituelles;

7° Les femmes ne peuvent être témoins dans les testaments (ordonnance de 1735, art. 40); car elles sont incapables de toutes fonctions civiles. *Feminæ ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt.* L. 2, ff. *de reg. jur.* La pudeur de leur sexe, qui ne leur permet pas *in cœtibus hominum versari*, est la raison qui les a fait exclure;

8° Par la même raison ceux qui ne sont pas suffisamment âgés, ne peuvent servir de témoins dans les testaments. L'ordonnance de 1735, art. 39, fixe à vingt ans accomplis l'âge pour être capable de cette fonction, sauf dans les pays régis par le droit écrit, où il suffit d'avoir l'âge de puberté, c'est-à-dire de quatorze ans accomplis, qui est celui dont le droit écrit se contente pour la capacité de tester.

36. Outre ceux qui sont incapables des fonctions civiles, il y a encore quelques personnes qui ne peuvent être témoins dans les testaments; savoir : 1° Ceux qui ne savent pas signer (ordonnance de 1735, art. 44), la signature des témoins étant nécessaire pour la solennité du testament en pays coutumier [1];

2° Les clercs, domestiques et serviteurs de la personne publique qui a reçu le testament (ordonnance de 1735, art. 42).

Au reste, rien n'empêche que les parents de celui qui reçoit le testament y servent de témoins; un testament où le frère du notaire qui l'avait reçu avait servi de témoin [2], a été confirmé par arrêt du 2 décembre 1669, rapporté par Soefve, 2e vol., centurie 4, chap. 42;

---

[1] *V.* art. 974, C. civ., ci-dessus, p. 232, note 2.

[2] *V.* art. 10, Loi du 25 vent. an 11, et 975, C. civ.

Art. 10, L. 25 vent. an 11: « Deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 8 (*V.* ci-dessus, p. 233, note 3), ne pourront concourir au même acte. — Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'art. 8, leurs clercs et leurs serviteurs, ne pourront être témoins. »

Art. 975, C. civ. : « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. »

3° Enfin, ceux à qui il est fait par ce testament quelques legs, soit universel, soit particulier ; à plus forte raison ceux qui dans les coutumes où l'institution d'héritier a lieu, comme dans le Berry, y sont héritiers institués ou substitués ; ordonn., art. 43.

Au reste, pourvu que ce ne soit point à eux-mêmes qu'il soit fait quelques legs, ils peuvent servir de témoins, quand même il en aurait été fait à leurs enfants, et, en cela, les simples témoins diffèrent de celui qui a reçu le testament [1].

ART. IV. — Des formes des testaments et codicilles dans les pays de droit écrit.

37. Dans les provinces du royaume régies par le droit écrit, il y a deux espèces de testaments, le *nuncupatif* et le *mystique*.

§ I[er]. *Forme du testament nuncupatif.*

38. Le *testament nuncupatif* se fait de vive voix en présence de sept témoins, le notaire compris (à moins que les statuts particuliers ne se contentent d'un moindre nombre), auxquels le testateur déclare de vive voix ses volontés, lesquelles, à mesure qu'il les déclare, sont rédigées par écrit par le notaire, qui doit ensuite en faire lecture au testateur, et faire mention de cette lecture ; après quoi le testament doit être signé par le notaire et les autres témoins, et par le testateur, le tout sans divertir à autres actes ; si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait mention [2], art. 5.

La mention que les témoins ont été convoqués n'est pas nécessaire, art. 6.

Lorsque le testateur est aveugle, il faut appeler un huitième témoin qui signe avec les autres [3], art. 7.

§ II. *Forme du testament mystique.*

39. Le *testament mystique* ou *secret*, se fait en cette forme : le testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un autre ses dernières volontés, qu'il doit signer de sa main, présente à sept témoins, le notaire compris (à moins que les statuts particuliers des lieux ne se contentent d'un moindre nombre) le papier où elles sont contenues clos et scellé, ou le fait clorre et sceller devant eux, leur déclare que ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, après quoi le notaire dresse l'acte de subscription qui doit être écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe, et cet acte de subscription doit être signé par le notaire, les autres témoins et le testateur, le tout sans divertir à d'autres actes ; et si par un empêchement survenu depuis la signature du testament, le testateur ne pouvait signer, il en sera fait mention (art. 9). Ceux qui ne savent pas lire, ne peuvent faire de testament mystique [4], art. 11.

---

[1] *V.* art. 975, C. civ. *V.* note précédente.

[2] Ces formalités sont presque identiques à celles que le Code exige pour le testament par acte public. (Art. 972, C. civ.) *V.* ci-dessus p. 227, note 2.

[3] Le Code ne prescrit rien de particulier pour le testament de l'aveugle.

[4] *V.* art. 976 et 978, C. civ.

Art. 976 : « Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou « secret, il sera tenu de signer ses dis- « positions, soit qu'il les ait écrites lui- « même, ou qu'il les ait fait écrire par « un autre. Sera le papier qui contien- « dra ses dispositions, ou le papier qui « servira d'enveloppe, s'il y en a une, « clos et scellé. Le testateur le pré- « sentera ainsi clos et scellé au notaire, « et à six témoins au moins, ou il le

Mais l'ordonnance permet à ceux qui savent lire, quoiqu'ils ne sachent pas signer, de faire un testament mystique qui ne soit pas signé d'eux, en appelant en ce cas un huitième témoin, qui signera l'acte de subscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il est appelé [1]

40. Il est clair que ceux qui ne peuvent parler ne peuvent faire de testament nuncupatif (art. 8). Il semblerait qu'ils n'en pourraient faire de mystique, parce que, selon la forme de ce dernier, le testateur doit déclarer que le papier qu'il présente est son testament, ce que ne peut faire celui qui ne peut parler; néanmoins l'ordonnance permet à ceux qui ne peuvent parler, de faire un testament mystique, à ces conditions : 1° qu'il faut qu'en ce cas le testateur sache écrire, et que son testament soit écrit en entier, daté et signé de sa main; 2° qu'il écrive de sa main en présence des témoins, au haut de l'acte de subscription, que le papier qu'il présente est son testament, et qu'il soit fait mention par le notaire que le testateur a écrit ces mots en sa présence et celle des témoins [2].

§ III. *Qualités des témoins dans les testaments, soit nuncupatifs, soit mystiques.*

41. Les témoins qui sont admis à ces testaments doivent avoir les qualités rapportées en l'article précédent, § 3, et tout ce que nous y avons dit reçoit ici son application.

Ils doivent ordinairement savoir écrire puisqu'ils doivent signer.

42. Néanmoins, comme il ne serait pas facile de trouver dans les campagnes des témoins qui sussent signer en aussi grand nombre que l'est celui qui est requis pour ces testaments, l'ordonnance, art. 45, permet de se servir dans les testaments qui seront faits ailleurs que dans les villes ou bourgs fermés, de témoins qui ne sachent pas signer, à la charge de faire mention de la déclaration qu'ils auront faite qu'ils ne savent signer, et à la charge qu'il y en aura au moins deux qui signeront [3].

« fera clore et sceller en leur présence; « et il déclarera que le contenu en ce « papier est son testament écrit et si« gné de lui, ou écrit par un autre et « signé de lui : le notaire en dressera « l'acte de suscription, qui sera écrit « sur ce papier ou sur la feuille qui ser« vira d'enveloppe; cet acte sera signé « tant par le testateur que par le no« taire, ensemble par les témoins. Tout « ce que dessus sera fait de suite et sans « divertir à autres actes; et en cas que « le testateur, par un empêchement « survenu depuis la signature du testa« ment, ne puisse signer l'acte de sus« cription, il sera fait mention de la « déclaration qu'il en aura faite, sans « qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmen« ter le nombre des témoins. »

Art. 978 : « Ceux qui ne savent ou « ne peuvent lire, ne pourront faire de « dispositions dans la forme du testa« ment mystique. »

[1] *V.* art. 977, C. civ.

Art. 977 : « Le testament fait sur « mer ne pourra contenir aucune dis« position au profit des officiers du « vaisseau, s'ils ne sont parents du tes« tateur. »

[2] *V.* art. 979, C. civ.

Art. 979 : « En cas que le testateur « ne puisse parler, mais qu'il puisse « écrire, il pourra faire un testament « mystique, à la charge que le testa« ment sera entièrement écrit, daté et « signé de sa main, qu'il le présentera « au notaire et aux témoins, et qu'au « haut de l'acte de suscription, il écrira, « en leur présence, que le papier qu'il « présente est son testament : après « quoi le notaire écrira l'acte de su« scription, dans lequel il sera fait men« tion que le testateur a écrit ces mots « en présence du notaire et des té« moins; et sera, au surplus, observé « tout ce qui est prescrit par l'art. 976. »

[3] *V.* art. 974 et 975, C. civ., ci-dessus p. 232, note 2, et p. 237, note 2.

43. Il est particulier aux testaments mystiques, qu'on puisse s'y servir de témoins pour l'acte de subscription qui soient légataires, soit universels, soit particuliers, art. 43.

A l'égard de ceux qui sont institués ou substitués héritiers, ils ne peuvent pas plus servir de témoins dans les testaments mystiques que dans toutes les autres espèces de testaments [1], art. 43.

§ IV. *Formes des testaments* inter liberos, *et des codicilles.*

44. Les testaments faits *inter liberos*, c'est-à-dire qui contiennent, ou un partage que le testateur fait entre ses enfants, ou des dispositions, quelles qu'elles soient, au profit de quelques-uns des enfants ou descendants du testateur, ne sont pas sujets aux formes ci-dessus expliquées; mais ils peuvent être ou simples testaments olographes, même dans les lieux où ces testaments ne sont point admis entre autres personnes, ou faits en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins [2], art. 15, 16 et 17.

Si ces testaments contenaient quelques dispositions au profit de quelque autre personne, elles seraient nulles, et il n'y aurait de valables que celles faites au profit des enfants et descendants du testateur, art. 18.

45. Les *codicilles*, c'est-à-dire les actes qui ne contiennent point l'institution d'héritier, mais seulement des legs ou fidéicommis, ne sont point non plus sujets aux formes des testaments; il suffit qu'ils soient faits en présence de cinq témoins, suivant la loi 8, § *ult.* Cod. *de codicillis* ou même d'un moindre nombre lorsque les statuts des lieux s'en contentent [3], art. 14.

ART. V. — De la forme des testaments militaires et de ceux faits en temps de peste.

46. Les *testaments militaires* et *ceux faits en temps de peste*, ne sont pas assujettis à toutes les formalités des autres testaments.

§ Ier. *Quelles personnes peuvent faire un testament militaire, et dans quelles circonstances ?*

47. Il est permis de faire un testament militaire, non-seulement aux officiers et soldats qui servent dans les troupes du roi, mais même à tous ceux qui sont à la suite des troupes ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, tels que sont les commissaires des guerres, les aumôniers, les chirurgiens, etc., soit à cause du service qu'ils rendent aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions, art. 31.

48. Les officiers, soldats et autres personnes ci-dessus mentionnées, ne jouissent du droit de faire un testament militaire que lorsqu'elles sont :—1° ou en expédition militaire ;—2° ou en quartier hors du royaume ;—3° ou prisonniers chez les ennemis ;—4° ou dans une place assiégée où la communication soit interrompue [4].

---

[1] L'héritier institué légataire universel ou autres n'étant pas connus, rien n'empêche qu'ils soient témoins à l'acte de suscription.

[2] *V.* art. 1076, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 226, note 5.

[3] Les formalités sont les mêmes, soit qu'on appelle codicille ou testament la disposition faite par le défunt.

[4] *V.* art. 981, 982 et 983, C. civ.

Art. 981 : « Les testaments des militaires et des individus employés « dans les armées pourront, en quelque « pays que ce soit, être reçus par un « chef de bataillon ou d'escadron, ou « par tout autre officier d'un grade su-

§ II. *De la forme des testaments militaires.*

49. Nos testaments militaires ne sont pas absolument dispensés de toutes formes, comme l'étaient ceux des Romains, art. 29.

Dans ces testaments, les majors et officiers d'un rang supérieur, les prévôts d'armées, leurs lieutenants et greffiers, les commissaires de guerre peuvent tenir lieu de notaires, et le testament militaire peut être reçu, ou par deux de ces officiers, ou par l'un d'eux, assisté de deux témoins, art. 27.

Ceux des blessés peuvent être reçus par un aumônier quand même il serait religieux, ou par un chapelain d'hôpital, en présence de deux témoins, art. 27.

50. Ce testament doit être signé par le testateur, ou il doit être fait mention qu'il a déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer; il doit être aussi signé par celui qui l'a reçu et par les témoins, ou il doit être fait mention que lesdits témoins ont déclaré ne savoir signer, art. 28.

C'est une propriété du testament militaire qu'on peut s'y servir de témoins qui ne savent signer [1].

Mais cela n'a lieu que lorsque le testateur signe lui-même, art. 28.

C'est encore une propriété du testament militaire, qu'on peut s'y servir pour témoins d'étrangers non naturalisés, pourvu qu'ils ne soient point notés d'infamie, art. 40.

Ceux qui jouissent du droit de faire un testament militaire, peuvent aussi le faire dans la forme des testaments olographes, art. 29.

§ III. *Jusqu'à quand sont valables les testaments militaires.*

51. Les testaments militaires qui ne sont pas revêtus des formes des testaments ordinaires, cessent d'être valables six mois après que le testateur est de retour dans un lieu où il peut tester dans la forme ordinaire [2], art. 82.

§ IV. *Des testaments en temps de peste.*

52. En temps de peste, ceux qui se trouvent dans les lieux infectés, soit qu'ils soient malades, soit qu'ils soient en santé, peuvent, en quelque pays que ce soit, se servir de la forme du testament olographe, art. 35 et 36.

Ils peuvent aussi, en quelque pays que ce soit, faire leur testament, ou

---

« périeur, en présence de deux té« moins, ou par deux commissaires des « guerres, ou par un de ces commis« saires en présence de deux témoins.»

Art. 982 : « Ils pourront encore, si « le testateur est malade ou blessé, « être reçus par l'officier de santé en « chef, assisté du commandant mili« taire chargé de la police de l'hos« pice. »

Art. 983 : « Les dispositions des ar« ticles ci-dessus n'auront lieu qu'en « faveur de ceux qui seront en expé« dition militaire, ou en quartier, ou en « garnison hors du territoire français, « ou prisonniers chez l'ennemi; sans « que ceux qui seront en quartier ou « en garnison dans l'intérieur puissent « en profiter, à moins qu'ils ne se trou« vent dans une place assiégée ou dans « une citadelle et autres lieux dont les « portes soient fermées et les commu« nications interrompues à cause de la « guerre. »

[1] *V.* art. 998, C. civ. *V.* ci-dessus p. 227, note 1.

[2] *V.* art. 984, C. civ.

Art. 984 : « Le testament fait dans « la forme ci-dessus établie (*V.* art. 981, « 982 et 983, p. 240, note 4) sera nul « six mois après que le testateur sera « revenu dans un lieu où il aura la li« berté d'employer les formes ordi« naires. »

par-devant deux notaires, ou deux officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, jusqu'aux greffiers inclusivement, ou par-devant l'un desdits notaires ou officiers et deux témoins, ou par-devant le curé, vicaire ou autre prêtre chargé d'administrer les sacrements, et deux témoins, art. 33, 36

53. Ce qui a été réglé sur la signature, tant du testateur que de ceux qui recevront le testament, et des témoins à l'égard du testament militaire, a pareillement lieu à l'égard de ceux-ci, art. 34.

Les testaments faits en temps de peste contre la forme du droit commun, cessent d'être valables six mois après que le commerce a été rétabli dans le lieu infecté, ou que le testateur a passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit[1], art. 37.

CHAPITRE II.

Des différentes dispositions que les testaments renferment, et des vices qui peuvent s'y rencontrer, et les annuler.

SECT. Ire.—DES DIFFÉRENTES DISPOSITIONS QUE LES TESTAMENTS RENFERMENT.

§ Ier. *De l'institution d'héritier.*

54. Selon le droit romain, la principale disposition qu'un testament doit renfermer est l'*institution d'héritier.*

L'institution d'héritier est un acte par lequel le testateur nomme une ou plusieurs personnes pour lui succéder en tous ses droits actifs et passifs.

55. Cette institution est tellement de l'essence du testament, qu'un acte qui ne contient point d'institution d'héritier n'est point un testament, mais un simple codicille.

Elle est tellement de l'essence du testament, que si l'institution se trouve vicieuse, et qu'elle devienne par la suite caduque, aucun de ceux qui ont été institués, n'étant héritier, soit parce qu'ils seraient morts avant le testateur, ou qu'ils auraient répudié sa succession, le vice ou la caducité de l'institution entraîne la nullité du testament, à moins qu'il n'y eût au testament la clause qu'on appelle *codicillaire*, par laquelle le testateur déclare, « que si son testament ne peut valoir comme testament, sa volonté est qu'il vaille au moins comme un *codicille* », auquel cas le vice ou caducité de l'institution n'entraîne pas la nullité des autres dispositions contenues au testament, telles que sont

[1] *V.* art. 985, 986 et 987, C. civ., sur les testaments faits en temps de peste.

Art. 985 : « Les testaments faits dans « un lieu avec lequel toute communi- « cation sera interceptée à cause de « la peste ou autre maladie contagieuse, « pourront être faits devant le juge de « paix, ou devant l'un des officiers mu- « nicipaux de la commune, en présen- « ce de deux témoins. »

Art. 986 : « Cette disposition aura « lieu, tant à l'égard de ceux qui se- « raient attaqués de ces maladies, que « de ceux qui seraient dans les lieux « qui en sont infectés, encore qu'ils ne « fussent pas actuellement malades. »

Art. 987 : « Les testaments mention- « nés aux deux précédents articles de- « viendront nuls six mois après que les « communications auront été rétablies « dans le lieu où le testateur se trouve « ou six mois après qu'il aura passé « dans un lieu où elles ne seront point « interrompues. »

les legs et fidéicommis, lesquels sont valables, et l'héritier qui succède *ab intestat* en est chargé.

56. Il est aussi de l'essence du testament qu'il contienne l'institution d'héritier des enfants du testateur au moins en quelque partie, ou en quelque chose de la succession, ou leur exhérédation expresse. La prétérition de quelqu'un des enfants du testateur est un vice qui entraîne la nullité de tout le testament, à moins qu'il ne contînt la clause codicillaire, auquel cas la prétérition n'opère la nullité que de l'institution des héritiers, et de la substitution dont ladite institution aurait été chargée, les autres dispositions du testament ne laissent pas d'être valables en vertu de ladite clause codicillaire [1]; ordonnance de 1735, art. 53.

57. Tout ceci n'a pas lieu dans nos coutumes; elles ont pour maxime, que *l'institution d'héritier n'a lieu;* elles ne connaissent d'autre héritier que celui que la loi appelle à la succession d'un défunt; elles ne permettent point aux particuliers de se donner à eux-mêmes des héritiers : c'est pourquoi, dans nos coutumes, non-seulement l'institution d'héritier n'est point requise pour la validité des testaments, mais on n'y peut point faire proprement d'institution d'héritier.

58. Si quelqu'un néanmoins, en pays coutumier, instituait par son testament un héritier, cette disposition ne serait pas nulle, mais elle ne vaudrait que comme legs universel; celui qui serait ainsi institué ne serait pas héritier, mais serait un simple légataire universel qui devrait demander la délivrance de son legs à l'héritier appelé par la loi à la succession [2].

59. L'ordonnance de 1735 a regardé la loi qui admet l'institution d'héritier, et celle qui la rejette, comme lois réelles qui exercent leur empire seulement sur les choses qui sont situées en leur territoire, à l'égard de toutes personnes, même de celles domiciliées ailleurs. Suivant ce principe, elle décide que, lorsqu'un testateur, quoique domicilié en pays de droit écrit, fait une institution d'héritier, elle ne vaut que comme un legs universel à l'égard des héritages situés dans les pays coutumiers, dont les lois rejettent l'institu-

---

[1] *V.* art. 967 et 1002, C. civ., p. 225, note 2.

Il n'est point nécessaire que le testateur parle de ses enfants, même dans le cas où il déclarerait instituer un héritier, ou il ferait un legs universel. Seulement les enfants auront le droit de demander la réduction. (Art. 920, C. civ.)

Art. 920 : « Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui « excéderont la quotité disponible, se« ront réductibles à cette quotité lors « de l'ouverture de la succession. »

[2] Voilà la doctrine reproduite par l'art. 1002, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 225, note 2), sauf que le légataire universel n'est point tenu de demander la délivrance lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve. (*V.* art. 1006, C. civ.)

Art. 1006 : « Lorsqu'au décès du « testateur il n'y aura pas d'héritiers « auxquels une quotité de ses biens « soit réservée par la loi, le légataire « universel sera saisi de plein droit par « la mort du testateur, sans être tenu « de demander la délivrance. »

Il est alors, selon quelques auteurs, un véritable héritier, et comme tel tenu du paiement de toutes les dettes, même *ultrà vires.* Leur raison de décider ainsi, c'est que le légataire universel a la saisine. Quant à nous, nous ne voyons pas de corrélation nécessaire entre avoir la *saisine*, c'est-à-dire la *possession*, et être tenu indéfiniment des dettes du défunt; il faudrait une disposition spéciale pour établir un pareil effet, et nous ne la trouvons pas dans la loi. Le Code, en cette matière, est plus empreint d'idées coutumières qui ne voyaient dans les légataires que des successeurs aux biens, que d'idées romaines qui admettaient de véritables héritiers testamentaires succédant à la personne et la continuant.

tion d'héritier, ou même comme simple legs particulier, si l'institution était faite *ex re certâ, aut ex certâ summâ,* art. 62.

Vice versâ, elle décide que l'institution d'héritier faite par une personne domiciliée en un pays dont la loi rejette cette institution, ne laisse pas d'être valable pour les héritages situés dans un pays dont la loi admet cette institution, art. 71.

60. L'ordonnance ne s'écarte point de ce principe, en décidant par lesdits articles qu'à l'égard des meubles, rentes et autres effets, qui n'ont aucune situation, et qui en conséquence suivent la personne du testateur, l'institution vaut comme institution, ou seulement comme un legs, suivant que le testateur est domicilié dans un pays dont la loi admet l'institution, ou dans un autre dont la loi la rejette; car si c'est cette loi qui décide, c'est en tant qu'elle est la loi qui régit ces sortes de choses.

61. Suivant ce principe, que c'est la loi qui régit les choses qui doit décider si l'institution doit valoir comme institution, ou comme un legs, on ne doit faire aucune attention à celle du lieu où le testament est fait; c'est pourquoi l'ordonnance décide que les décisions des art. 68 et 71 ont lieu en quelque endroit que le testament soit fait [1].

On ne considère point à la vérité, ni le lieu où l'institution est faite, ni le domicile du testateur, pour décider si l'institution doit valoir comme institution, ou seulement comme legs à l'égard des choses qui ont une situation. *Contrà,* on fait attention à ces lieux pour décider si le legs universel doit valoir comme institution; car, lorsque ce legs est fait dans le pays coutumier par une personne domiciliée au pays de droit écrit, ce legs universel vaut comme institution pour les choses situées en pays de droit écrit, et pour celles qui suivent la personne du testateur, art. 70.

62. La raison de cet article est, que le domicilié du pays de droit écrit, qui fait un legs universel par le testament qu'il fait en pays coutumier, est présumé vouloir tester suivant l'usage de son pays, et vouloir faire une institution d'héritier; et que s'il s'est exprimé par les termes de *légataire universel,* c'est par erreur dans les termes.

63. On fait aussi attention au lieu où se fait le testament, pour la forme dans laquelle doit être faite l'institution de ceux qui ont droit de légitime; car, quoiqu'il ne suffise pas à un domicilié du pays de droit écrit, lorsqu'il fait son testament en pays de droit écrit, de faire des legs à ceux qui ont droit de légitime, la légitime devant être laissée à titre d'institution; néanmoins lorsqu'il fait son testament en pays coutumier, le vice de prétérition ne peut être opposé contre son testament, lorsqu'il a fait à ces personnes des legs, soit universels, soit même particuliers, lesquels legs sont en ce cas favorablement réputés être des institutions d'héritiers, et valent comme institutions, art. 70.

Que si le testateur ne leur avait rien laissé, le testament serait nul pour cause de prétérition, mais quant aux dispositions universelles seulement, art. 71.

§ II. *Des legs et fidéicommis.*

64. Un *legs* est une disposition directe que le testateur fait au profit de quelque personne, soit de l'universalité ou d'une quotité de ses biens, soit de quelque chose particulière.

On appelle *legs particulier* le legs de quelque chose particulière.

On appelle *legs universel* le legs de l'universalité de ses biens, ou d'une

---

[1] L'uniformité de législation a fait disparaître la principale utilité de ces questions.

quotité, comme lorsqu'on lègue le *tiers*, le *quart*, le *vingtième* de ses biens.

65. Les legs d'une certaine espèce de biens, soit pour le total, soit pour une quotité, sont aussi des *legs universels*, comme lorsqu'un testateur lègue à quelqu'un ses biens meubles, ou *le tiers, le quart de ses biens meubles*, ou *ses acquêts*, ou *le quint de ses propres* ou *des propres d'une telle ligne*, tous ces legs sont *legs universels*, parce que non-seulement l'universalité générale des biens d'une personne, mais l'universalité des biens de chaque espèce, *genera subalterna*, sont des universalités de biens [1].

66. Que si quelqu'un avait légué *tous ses biens de campagne* ou *tous ses biens de ville*, ou *tous ses bois*, etc., ces legs ne seraient pas des legs universels; car les biens de campagne ou les biens de ville, sont une espèce de choses plutôt qu'une espèce de biens. La division des biens est en biens *meubles*, ou biens *immeubles*, en *acquêts* et *propres* d'une telle ligne, et *propres* d'une telle autre ligne; mais on n'a jamais divisé les biens, *bona*, en biens de ville ou biens de campagne.

Observez encore que, pour qu'un legs soit universel, il faut qu'il soit fait *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, si une personne n'avait d'autres biens immeubles qu'une seule maison, et qu'il léguât cette maison à quelqu'un, ce legs ne serait pas un legs universel, parce qu'il est fait *tanquàm rei singularis*, et non pas *per modum universalitatis;* pour qu'il fût fait legs universel, il faudrait que le testateur eût légué ses biens immeubles.

67. Les legs universels diffèrent des legs particuliers, en ce que les légataires universels sont tenus des dettes de la succession à proportion de ce que la part des biens à eux légués est au total de la succession; la raison est que les legs universels sont *legs de biens*, les biens renfermant en soi la charge des dettes, suivant cette maxime, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno* [2]. Au contraire, les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes; la raison est que les legs ayant pour objet, non les biens, ni une quotité de biens, mais des choses particulières, ils ne renferment point la charge des dettes, suivant cette règle, *æs alienum universi patrimonii non singularum rerum onus est;* ils pourraient néanmoins en être tenus indirectement, si le testateur avait légué en legs particuliers plus qu'il n'avait, déduction faite de ses dettes [3].

68. Les legs universels et les legs particuliers conviennent entre eux en

---

[1] *V.* art. 1003 et 1010, C. civ.

Art. 1003 : « Le legs universel est « la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou « plusieurs personnes l'universalité des « biens qu'il laissera à son décès. »

Art. 1010 : « Le legs à titre univer-« sel est celui par lequel le testateur « lègue une quote-part des biens dont « la loi lui permet de disposer, telle « qu'une moitié, un tiers, ou tous ses « immeubles, ou tout son mobilier, ou « une quotité fixe de tous ses immeu-« bles ou de tout son mobilier.—Tout « autre legs ne forme qu'une disposi-« tion à titre particulier. »

[2] *V.* art. 1009 et 1012, C. civ.

Art. 1009 : « Le légataire universel « qui sera en concours avec un héri-« tier auquel la loi réserve une quotité « des biens, sera tenu des dettes et « charges de la succession du testateur, « personnellement pour sa part et por-« tion, et hypothécairement pour le « tout; et il sera tenu d'acquitter tous « les legs, sauf le cas de réduction, « ainsi qu'il est expliqué aux articles « 926 et 927. »

Art. 1012 : « Le légataire à titre « universel sera tenu, comme le léga-« taire universel, des dettes et charges « de la succession du testateur, per-« sonnellement pour sa part et por-« tion, et hypothécairement pour le « tout. »

[3] Art. 1024, C. civ.

Art. 1024 : « Le légataire à titre par-« ticulier ne sera point tenu des dettes

ce qu'ils sont sujets à délivrance; le légataire universel doit, ainsi que les légataires particuliers, demander à l'héritier la délivrance de son legs; car le légataire universel n'est pas héritier [1].

En cela, le legs même universel diffère de l'institution d'héritier.

69. Les legs diffèrent des fidéicommis, ou substitution, en ce que les legs sont faits directement à la personne du légataire, au lieu que les fidéicommis, ou substitutions, sont faits au substitué par l'interposition d'une autre personne à qui le testateur laisse quelque chose en premier lieu, à la charge de le restituer au substitué. Nous traiterons des substitutions dans un titre particulier.

§ III. *Des autres dispositions qui peuvent être contenues dans un testament.*

70. Les testaments contiennent aussi assez souvent des dispositions concernant les obsèques du testateur, *putà* sur le lieu où il veut qu'on inhume son corps ou partie, comme son cœur, ses entrailles; sur la pompe de ses obsèques, *putà* la quantité du luminaire, le nombre des ecclésiastiques, les tentures, etc., sur les prières qu'il ordonne pour le repos de son âme; sur l'épitaphe ou autre monument qu'il veut qu'on lui érige, etc.

Il est du devoir de la personne nommée par le testament d'avoir soin de faire exécuter toutes ces dispositions, et lorsque le testateur n'a point d'exécuteur testamentaire, c'est l'honneur et la conscience des héritiers qui en sont chargés.

71. On ne doit néanmoins exécuter ces dispositions qu'autant qu'elles sont raisonnables. C'est la décision de Papinien en la loi 113, § *fin. ff. de Legat.* 1°. *Ineptas voluntates defunctorum circà sepulturam, veluti vestes aut alia supervacua ut in funus impendant, non valere Papinianus scripsit.*

SECT II. — DES DIFFÉRENTS VICES QUI PEUVENT SE RENCONTRER DANS LES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES, ET LES ANNULER.

72. Les vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires, et les annuler, sont l'obscurité, l'erreur, la suggestion, les mauvais

---

« de la succession, sauf la réduction « du legs ainsi qu'il est dit ci-dessus « (pour former la réserve légale), et sauf « l'action hypothécaire des créanciers.»

[1] Tous les légataires doivent demander la délivrance de leurs legs, excepté le légataire universel lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve. *V.* art. 1004, 1011, 1014, 2e alinéa, et 1006, C. civ., *V.* ce dernier article, ci-dessus, p. 243, note 2.

Art. 1004 : « Lorsqu'au décès du « testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est « réservée par la loi, ces héritiers sont « saisis de plein droit, par sa mort, de « tous les biens de la succession; et le « légataire universel est tenu de leur « demander la délivrance des biens « compris dans le testament. »

Art. 1011 : « Les légataires à titre « universel seront tenus de demander « la délivrance aux héritiers auxquels « une quotité des biens est réservée « par la loi; à leur défaut, aux légataires universels; et à défaut de ceux-« ci, aux héritiers appelés dans l'ordre « établi au titre *des Successions.* »

Art. 1014 : « Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du « décès du testateur, un droit à la « chose léguée, droit transmissible à « ses héritiers ou ayants cause. — « Néanmoins le légataire particulier ne « pourra se mettre en possession de la « chose léguée, ni en prétendre les « fruits ou intérêts, qu'à compter du « jour de sa demande en délivrance, « formée suivant l'ordre établi par l'article 1011, ou du jour auquel cette « délivrance lui aurait été volontairement consentie. »

motifs, certaines conditions qui contredisent la nature des dernières volontés.

ART. Ier. — De l'obscurité et de l'erreur.

§ Ier. *Par rapport au légataire.*

73. Une disposition testamentaire est nulle par vice d'obscurité, lorsqu'on ne peut absolument discerner quel est celui au profit de qui le testateur a voulu la faire.

Par exemple, si le testateur avait deux amis qui eussent l'un et l'autre le nom de *Pierre*, avec lesquels il eût vécu dans la même union, et qu'il eût légué en ces termes : *Je lègue une telle chose à mon ami Pierre;* s'il ne se rencontre aucune circonstance qui puisse faire présumer qu'il a voulu léguer à l'un des deux Pierre plutôt qu'à l'autre, aucun des deux ne pourra prouver que c'est à lui que le legs a été fait, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande, et par conséquent le legs demeurera nul par vice d'obscurité; c'est la disposition de la loi 10, ff. *de Reb. dub.*

74. Par la même raison, la même loi décide que, si le testateur avait fait des legs à chacun de ces deux Pierre, et qu'ensuite par un codicille, il eût révoqué l'un de ces legs en ces termes : *Je révoque le legs que j'ai fait à mon ami Pierre,* quoique le testateur n'en ait voulu révoquer qu'un, néanmoins aucun des deux legs n'aura effet, parce qu'étant absolument incertain lequel des deux est révoqué, aucun des deux Pierre ne peut prouver que ce soit à lui à qui le testateur ait voulu persévéramment léguer, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande.

Que, s'il y a quelques circonstances qui puissent faire présumer que le testateur a voulu léguer plutôt à l'un qu'à l'autre, comme si l'un des deux lui a rendu des services plus signalés, ou si l'un des deux est son parent, etc., le legs sera valable au profit de celui à l'égard duquel ces circonstances militeront : *si sit controversia de nomine inter plures, qui probaverit sensisse de se defunctum, admittetur.* L. 33, § 1er, ff. *de Condit. et demonst.*

75. Par la même raison, si le testateur a légué *à la ville*, sans nommer quelle ville, le legs sera valable, et sera présumé fait à la ville où il avait son domicile. L. 39, § 1er, ff. *de Condit. et demonst.*

Pareillement, s'il a légué *à l'hôpital* sans dire de quelle ville, le legs sera censé fait à celui de la ville où était son domicile.

Quid, s'il en a changé depuis le testament? Je pense que c'est à la ville, ou à l'hôpital de la ville où était son domicile lors du testament; car c'était celui-là qu'il avait en vue lors du testament; il ne pouvait pas avoir en vue une autre ville, où il ne savait pas pour lors transférer son domicile.

76. Il n'est pas nécessaire, pour la validité du legs, que la personne à qui il est fait soit nommée, pourvu qu'elle soit d'ailleurs désignée, et qu'on puisse la connaître.

L'erreur même dans le nom, lorsqu'on ne peut ignorer quelle est la personne à qui le testateur a voulu léguer, n'empêche point le legs d'être valable; comme si un testateur qui n'a qu'une nièce ou qu'une servante qui s'appelle *Jeanne*, a légué *à sa nièce Marie*, ou *à sa servante Marie*, le legs sera valable, et pourra être demandé par Jeanne, quoique le testateur l'ait appelée Marie; car n'ayant pas d'autre nièce qu'elle, n'ayant pas d'autre servante qu'elle, il ne peut être douteux que c'est à elle à qui il a voulu léguer, et que s'il l'appelle *Marie,* c'est une erreur de nom.

77. Par la même raison, l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la personne à qui il léguait, ne vicie pas le legs, lorsque la personne d'ailleurs est constante; comme si on léguait *à M. Letrosne, doyen du présidial,* le legs ne laisserait pas d'être valable, quoiqu'il ne soit pas le doyen;

si je léguais *à un tel, mon bon cousin,* ou *mon frère,* ou *d'un tel pays,* le legs serait valable, quoiqu'il ne fût ni mon frère, ni mon cousin, ni du pays exprimé[1]. L. 33 et 34, ff. *de Cond. et demonst.* L. 48, § 5, et 58, § 1er, ff. *de Hæred. instit.*

§ II. *De l'obscurité ou de l'erreur par rapport à la chose léguée.*

78. De même que pour la validité du legs, il faut qu'on puisse connaître à qui le testateur a voulu léguer; il faut aussi qu'on puisse connaître ce qu'il a voulu léguer, autrement le legs est nul, selon cette règle, *quæ in testamento ita scripta sunt ut intelligi non possint, perindè sunt ac si scripta non essent.* L. 73, § 1er, ff. *de Reg. jur.*

C'est pourquoi, si le testament porte que le testateur *lègue à un tel la somme de......,* et que la quantité de cette somme ne se trouve pas écrite, le legs sera nul, parce que l'on ne peut savoir ce que le testateur a voulu léguer.

79. Néanmoins, si le testateur avait exprimé la cause pour laquelle il léguait cette somme, dont il a omis d'exprimer la quantité, et que cette somme pût s'estimer par sa relation avec la clause pour laquelle elle a été léguée, le legs serait valable. Par exemple, si quelqu'un a légué *à la ville d'Orléans la somme de... pour faire un tel ouvrage,* le legs sera valable, et sera réputé être de la somme qu'on estimera que doit coûter cet ouvrage. L. 30, ff. *de Leg.* 2°—Si on a légué *la somme de....... de pension viagère pour ses aliments,* ou *pour son loyer de maison,* ou *pour son chauffage,* le legs sera valable, et sera de la somme à laquelle on estimera que les aliments, ou le loyer de maison, ou le chauffage de cette personne, eu égard à son état, doit monter.

Que si le testateur, de son vivant, faisait une pension viagère, et que cela parût par son journal, il sera censé lui avoir légué celle qu'il avait coutume de lui faire. L. 14, ff. *de Ann. leg.*

80. Lorsque ce que le testateur a voulu léguer n'est pas entièrement incertain, et qu'on ignore seulement quelle est celle de deux ou plusieurs choses que le testateur a voulu léguer, comme si celui qui avait deux ou plusieurs maisons de vignes, a legué ainsi : *Je lègue ma maison de vignes,* sans dire laquelle, le legs sera valable, et il sera en ce cas au choix de l'héritier de donner au légataire celle qu'il voudra. L. 32, et L. 33, § 1, ff. *de Leg.,* 2°.

81. L'erreur sur le nom de la chose léguée n'est d'aucune considération, lorsqu'il est constant quelle chose le testateur a voulu léguer. Par exemple, si j'ai légué *ma maison de vignes de la Cerisaille,* quoique par les titres elle ne s'appelle pas *la Cérisaille,* mais *la Corne,* le legs n'en sera pas moins valable, *error nominum in scripturâ factus, si modò de possessionibus legatis non ambigitur, jus legati non minuit.* L. 7, § 1, Cod. *de Leg.*

Pareillement l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la chose qui se trouve suffisamment désignée d'ailleurs, n'est d'aucune considération, comme si j'ai légué *ma maison de vignes de la Corne de la paroisse de Saint-Denis,* ou *mon corps de droit relié en veau;* quoique cette maison soit de la paroisse de Saint-Jean-le-Blanc, et non de celle de Saint-Denis, quoique mon corps de droit soit relié en basane et non en veau, le legs n'en sera pas moins valable; car, *falsa demonstratio non perimit legatum.* L. 75, § 1, ff. *de Leg.* 1°; *et quidquid demonstrandæ rei additur satis demonstratæ, frustrà est.* L. 1, § 8, ff. *de dot. prœleg.; nec solent, quæ abundant, vitiare scripturas.* L. 94, ff. *de Reg. Jur.*

---

[1] Le Code ne contient aucun article à ce sujet, mais toutes les règles que donne Pothier sont trop évidentes pour ne pas être suivies : ce sont des règles d'équité. Il en est de même des deux §§. suivants.

§ III. *De l'erreur sur le motif.*

82. L'erreur dans ce que le testateur a allégué, touchant le motif qui le portait à léguer, n'empêche pas le legs d'être valable; par exemple, si le testateur, en me faisant un legs, a déclaré que *c'était par reconnaissance du soin que j'avais pris de ses affaires, quia negotia mea curavit*, quoique je n'aie pris aucune part à ses affaires, le legs ne laissera pas d'être valable. L. 17, § 2, ff. *de Condit. et demonst.*, car c'est une règle de droit, *falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret.* L. 72, § 6, *eod. tit.* Quoique le testateur ait exprimé un faux motif, il n'en est pas moins vrai qu'il m'a voulu léguer ce qu'il m'a légué; et ne paraissant point que sa volonté ait été de faire dépendre le legs qu'il me fait de la vérité des faits qu'il a déclarés, et pouvant avoir eu d'autre motif que celui qu'il a exprimé, ce legs ne peut m'être contesté.

Il en serait autrement, s'il paraissait effectivement, par les circonstances, que la volonté du testateur a été de faire dépendre le legs qu'il faisait de la vérité desdits faits. V. *Pand. Justin. tit. de Cond. et demonst.* n° 241, *et sequent.*

ART. II. — Des legs faits AB IRATO.

83. On définit *le legs donatio quædam, etc.* Il est donc de la nature du legs qu'il parte d'une volonté de bienveillance pour la personne à qui il est fait. Tout autre motif par lequel le legs serait fait, est contraire à sa nature, et doit l'annuler. De là on a conclu que toutes les fois que les dispositions d'un testament paraîtraient avoir pour motif, non pas tant la bienveillance du testateur envers les légataires, qu'une haine injuste qu'il avait pour ses héritiers, qui le portait à les priver de sa succession, les dispositions testamentaires devaient être déclarées nulles, comme faites *ab irato*. Il y a dans les livres plusieurs arrêts qui ont cassé des testaments comme faits *ab irato patre*.

84. Il est plus facile à des enfants de faire casser le testament de leur père, comme fait *ab irato*, qu'il ne l'est à des collatéraux. Comme le penchant et le devoir de la nature porte les père et mère à laisser leurs biens à leurs enfants plutôt qu'à d'autres personnes, lorsqu'il y a des preuves suffisantes d'une haine injuste et marquée, qu'un père porte à son fils, on peut facilement présumer que c'est cette haine qui a été le principal motif qui l'a porté à laisser ses biens à d'autres auxquels il ne les aurait pas laissés sans cela. Au contraire, comme nous ne devons pas nos biens à nos collatéraux, et que l'amitié peut être un aussi puissant motif pour nous porter à laisser nos biens à nos amis, que l'est une parenté collatérale, on ne peut pas conclure que la haine injuste qu'un testateur a portée à ses parents collatéraux, ait été le motif qui l'ait porté à léguer ses biens à d'autres, puisque ceux à qui il les a légués ont pu mériter, indépendamment de cela, l'affection du testateur qui l'a porté à les leur léguer; néanmoins, s'il paraissait évidemment que le testateur a fait les legs qu'il a faits par un motif de haine contre ses héritiers, quoique collatéraux, comme s'il lui était échappé de le déclarer par son testament; par exemple, s'il avait dit : *Je fais tel et tel mes légataires universels, parce que mes héritiers en sont indignes*, les héritiers, quoique collatéraux, pourraient faire casser le testament.

85. Les dispositions d'un testament fait *ab irato*, n'étant cassées qu'à cause de la présomption que c'est la haine qui en a été le motif, il s'ensuit qu'en annulant un testament comme fait *ab irato*, on doit conserver les legs modiques faits à des hôpitaux ou à des domestiques, la présomption étant que le testateur aurait fait ces sortes de legs, quand même il n'aurait pas été fâché contre son fils, et que ce n'est point la haine qu'il portait à son fils, mais la charité et la reconnaissance qui ont été les motifs de ces legs [1].

---

[1] Le Code n'a rien dit à cet égard, tout est laissé à l'appréciation des juges.

ART. III. — Des legs faits PŒNÆ CAUSA.

86. Du principe que nous avons établi en l'article précédent, « qu'il était de la nature des legs qu'ils eussent pour motif principal, la bienveillance du testateur envers les personnes à qui ils sont faits, » il paraît s'ensuivre que ceux que le testateur fait plutôt et plus principalement par le motif de punir son héritier, que par celui de faire du bien aux légataires, devraient être déclarés nuls.

Par le droit du Digeste, ces legs qu'on appelait *pœnæ causâ relictâ*, parce que *magis puniendi et coercendi hæredis causâ, quàm benè faciendi legatario relicta videbantur*, étaient nuls. Voy. le titre du Digeste *de his quæ pœn. caus. relinq.* Ulpien apporte pour exemple d'un legs fait *pœnæ causâ*, celui-ci : *Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Seïo dato*, Ulpien, tit. *de Leg.* § 17, parce que, dans cette espèce, le testateur paraît plutôt avoir en vue d'empêcher son héritier de marier sa fille à Titius, et de le punir s'il le fait, que de faire du bien au légataire.

87. Au reste, il fallait en ce cas examiner avec grand soin quelle avait été la volonté du testateur, et si effectivement sa vue principale avait été de punir l'héritier par le legs dont il le grevait, ou simplement d'apposer une simple condition à ce legs ; car, comme dit la Loi 2, ff. *de His quæ pœn. caus. pœnam à conditione voluntas testatoris separat.* Justinien a abrogé l'ancien droit, et a admis le legs *pœnæ causâ*, dans le cas où l'héritier ferait ou ne ferait pas quelque chose, pourvu que la chose que le testateur ordonnerait ne fût pas une chose contraire à l'honnêteté publique, ou aux lois. *L. unica.* Cod. *de His quæ pœn. caus.*

88. Je crois que nous devons suivre cette loi de Justinien en ce sens, que les legs ne doivent pas être présumés faits *pœnæ causâ* ; mais lorsqu'il est évident que le testateur ne fait le legs que *puniendi hæredis causâ*, je penserais que le droit du Digeste, comme plus conforme aux principes sur la nature des legs, devrait être suivi.

Ce dont on ne peut douter est, que, si legs, dont le testateur a grevé son héritier, avait été fait dans la vue qu'aurait eue le testateur de se mettre au-dessus des lois, et de faire réussir quelque chose que les lois défendent, le legs serait nul ; comme si quelqu'un avait légué ainsi : *Si mon héritier fait une telle contestation à ma femme, je lègue mes biens*, ou *je lègue telle chose à l'hôpital.*

89. Pareillement, si le legs ou fidéicommis dont un héritier ou premier légataire est grevé, tend à interdire à cet héritier ou premier légataire, une chose à l'interdiction de laquelle l'intérêt public ou les bonnes mœurs s'opposent, ce legs, ou fidéicommis sera nul, *tanquam pœnæ causâ relictum ;* par exemple, s'il avait été légué quelque chose à une fille, qu'elle eût été chargée de restituer à un tiers, *au cas qu'elle se mariât*, ce fidéicommis dont elle est grevée, *au cas qu'elle se marie*, est nul, *commodè statuitur etsi nupserit non esse cogendam fideicommissum præstare.* L. 22, ff. *de Condit. et demonst.* La raison est que ce fidéicommis dont cette fille est chargée, tend à la détourner du mariage, ce qui est contraire à l'utilité publique [1].

Cette loi est suivie parmi nous ; il y a un arrêt du 25 juin 1716, dans la même espèce, rapporté au 6e vol. du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 48).

Il en serait autrement du fidéicommis dont serait grevée une veuve par son mari, *dans le cas auquel elle se remarierait*, surtout lorsqu'elle a des enfants de son premier mariage.

---

[1] *V.* art. 900, C. civ.

Art. 900 : « Dans toute disposition « entre-vifs ou testamentaire, les con- « ditions impossibles, celles qui seront « contraires aux lois ou aux mœurs, « seront réputées non écrites. »

ART. IV. — Des legs faits DENOTANDI CAUSA.

90. Ayant établi pour principe en l'article second, qu'il est de la nature des legs qu'ils soient faits par un motif de bienveillance et d'amitié, que le testateur porte au légataire ; c'est une conséquence que ceux par lesquels le testateur insulte au légataire à qui il lègue, ne sont pas valables ; comme si quelqu'un léguait ainsi : *Je lègue telle chose à une telle, qui est la plus grande putain de la ville;* c'est la décision de la loi 54, ff. *de Leg.* 2°, *turpia legata quæ denotandi magis legatarii gratiâ scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.*

Il en serait autrement, si un père léguait ainsi à son fils : *Je lègue telle chose à un tel mon fils scélérat, mon fils ingrat,* ce legs serait valable ; le testateur n'est pas censé en ce cas avoir donné cette épithète à son fils pour le dénigrer mais pour lui faire sentir la grandeur de la piété paternelle que le testateur conserve malgré tous ses mauvais déportements ; *illa institutio valet, filius meus impiissimus hæres esto.* L. 48, § 1, ff. *de Hæred. instit.*

ART. V. — Des legs par motif de pur caprice.

91. Les legs devant partir d'une juste affection, que le testateur porte au légataire, suivant que nous l'avons établi dans les articles précédents, il s'ensuit que les legs faits à des personnes incertaines, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, et qui partent d'un pur caprice du testateur, sont nuls ; comme si un testateur léguait *à ceux qui, le jour de son enterrement, occuperaient la quatrième loge à la comédie.*

C'est en conséquence de ce principe que par le droit du Digeste les legs faits à des personnes incertaines, *incertis personis,* étaient nuls ; Justinien a abrogé en ce point le droit du Digeste, comme on peut le voir au titre *de Leg. aux Instit.*

In praxi, la constitution de Justinien doit être entendue en ce sens, que les legs faits à des personnes incertaines lorsqu'il paraît quelque motif plausible d'où ils aient pu partir, sont valables ; par exemple, le legs qui serait fait *à celui qui découvrira les longitudes sur mer* est valable, quoiqu'il soit fait à une personne incertaine ; car il est fait par le motif de récompenser une étude utile à la société, qui est un motif plausible.

92. Le legs fait à un posthume, qui n'était pas valable par le droit du Digeste, est aussi valable ; car quoique ce soit une personne incertaine, qui n'a pu mériter par elle-même l'affection du testateur, le legs qui lui est fait part de l'affection que le testateur peut avoir pour les personnes de ses père et mère, qu'il a voulu leur témoigner en léguant à l'enfant qu'ils auraient, lequel motif est un motif plausible ; si le posthume légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, il a pu la mériter par son père ou sa mère, ce qui suffit.

Par la même raison, on doit décider que le legs fait par un testateur *à celui qui épousera sa fille ou sa nièce,* qui n'était pas valable par l'ancien droit, doit être valable, selon la constitution de Justinien ; car il part d'un motif plausible, qui est de faire trouver un meilleur parti à sa fille ou à sa nièce ; et si ce légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, qui ne le connaissait pas, il a pu la mériter par la personne qu'il épousera.

93. Les *legs faits aux pauvres* sont aussi valables, quoiqu'ils ne le fussent pas par l'ancien droit, les pauvres étant regardés comme personnes incertaines ; car ce legs part d'un motif plausible, qui est le motif de charité.

Observez que les pauvres, parents du testateur, lorsqu'il s'en trouve, doivent être préférés pour ce legs sinon le legs est censé fait aux pauvres de la paroisse de son domicile.

94. A l'égard des legs faits à des personnes incertaines, qui ne paraissent partir d'autre motif que d'un motif de caprice, tel que celui rapporté au commencement de cet article, ils ne sont pas valables même depuis la constitution de Justinien.

ART. VI. — Des legs faits par un motif contraire aux bonnes mœurs

§ Ier. *De ceux qui tendent expressément à récompenser le vice.*

95. Un legs est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nul, lorsque le testateur, en faisant ce legs, a exprimé un motif contraire aux bonnes mœurs, par lequel il le faisait, comme s'il avait légué en ces termes : *Je lègue à un tel telle chose; parce qu'il s'est battu en duel en brave homme,* ou *je lègue telle chose à un tel, parce qu'il m'a bien servi dans mes plaisirs;* car ce sont des motifs contraires aux bonnes mœurs que ceux qui tendent à récompenser ce qui est défendu par les lois ou par les bonnes mœurs.

§ II. *De la captation.*

96. Les dispositions testamentaires sont nulles lorsqu'elles ont le vice de la captation, c'est-à-dire, lorsque le testateur les a faites dans la vue d'engager celui au profit de qui il les faisait, de tester pareillement à son profit de ses biens; car ce motif est visiblement contraire aux bonnes mœurs, *captatoriæ scripturæ neque in hæreditatibus neque in legatis valent.* L. 64, ff. *de Leg.* 1°.

97. Une disposition est captatoire et nulle, non-seulement lorsque je la fais dans la vue de capter pour moi les biens de celui à qui je la fais, mais encore lorsque je la lui fais dans la vue de capter ses biens pour un autre pour qui je m'intéresse, *veluti si ità scripserit : Titius si hæredem Mævium à se scriptum ostenderit, hæres esto, in sententiam Senatûs Consulti incidere non est dubium.* L. 71, § 1, ff. *de Hæred. instit.*

Au reste une disposition n'est captatoire que lorsque je la fais pour engager quelqu'un à disposer de ses biens à mon profit ou au profit d'un autre, et non pas celle que je fais pour lui témoigner ma reconnaissance de ce qu'il a disposé à mon profit. Par exemple, cette disposition est bonne, *je lègue à un tel la même part dans mes biens qu'il m'a léguée dans les siens,* etc. L. 71, *ibid.*

Car, comme dit Papinien, *captatorias institutiones non eas Senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* L. 70, ff. *eod. tit.*

ART. VII. — De la suggestion.

98. Une volonté est suggérée lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient.

Le vice de la suggestion rend nulles les dispositions qui ont ce vice; ce qui est conforme au principe que nous avons établi au paragraphe second, « qu'il est de la nature des legs qu'ils partent d'une juste affection pour les personnes à qui ils sont faits, ce qu'on ne peut assurer de ceux qui partent plutôt de l'envie qu'a eue le testateur de se délivrer des importunités de quelqu'un. »

99. La suggestion peut se prouver par écrit et par témoins ; *par écrit,* par exemple, par des lettres qui auraient été écrites au défunt vers le temps de la confection de son testament, et trouvées après sa mort parmi ses papiers, par lesquelles il aurait été vivement sollicité de faire les dispositions qu'il a faites.

Elle peut aussi se prouver *par témoins,* et la preuve pure testimoniale n'en doit pas être refusée, lorsque l'héritier avance des faits de suggestion bien pertinents et bien circonstanciés; car il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une autre.

100. Il résulte des notions que nous avons données de la suggestion, que ce n'est pas un fait de suggestion suffisant, que de mettre en fait, que lors de la confection du testament, celui au profit duquel il a été fait était présent; car suggérer, c'est importuner et solliciter vivement : la seule présence de cette personne lors de la confection du testament, n'est donc pas une suggestion, lorsqu'on ne met pas en fait qu'elle a sollicité le testateur à faire ces dispositions. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rendu en la grand-chambre le 1er août 1650, que rapporte Ricard, *Traité des Donations*, part. 3e, chap. 1er, n° 52, qui a confirmé un testament fait par une femme au profit de son mari, dans la coutume de Chartres, quoiqu'on soutînt que son mari était présent lors de la confection.

101. Ricard, dans le même chapitre qu'on vient de citer, n° 52, apporte pour exemple d'un fait pertinent de suggestion, lorsqu'on met en fait que, lors de la confection d'un testament, il y avait une personne qui dictait les dispositions du testateur, que le testateur ne faisait que répéter et approuver. Cela me paraît dépendre des circonstances; car, si le testateur, à cause de son peu d'intelligence ou d'accablement de son mal, ayant peine à faire entendre par lui-même au notaire ses intentions, avait appelé une personne de ses amis, non suspecte et non intéressée, pour les faire mieux entendre, je ne penserais pas qu'on pût regarder cela comme une suggestion. Hors ces circonstances, ce serait un fait pertinent de suggestion

102. Observez que la suggestion qui annulle les dispositions testamentaires doit être lors de la confection du testament; c'est pourquoi Ricard décide fort bien que ce ne sont pas des faits pertinents de suggestion, que de mettre en fait que le testateur a été vivement sollicité à faire les dispositions qu'il a faites dans des temps fort antérieurs à celui de la confection de son testament; car ces sollicitations, auxquelles il a résisté, ne concluent pas qu'il a fait son testament par suggestion; il a pu, depuis qu'elles ont cessé, le faire de sa pure volonté; il faut prouver qu'elles ont duré jusqu'au temps de la confection [1].

ART. VIII. — De certaines conditions qui, étant contraires à la nature des dernières volontés, les annulent.

§ Ier. *De la condition :* Si hæres voluerit.

103. Il est de la nature des dernières volontés qu'elles soient principalement la volonté du défunt, et non pas celle d'un autre, et que ce soit le défunt qui ait donné, et non pas son héritier qui donne.

De là il suit que les legs faits *si l'héritier le veut, si c'est sa volonté,* ne sont pas valables, *fideicommissum ita relictum, si volueris restituas, non debetur*. L. 11, § 7, ff. *de Leg.* 3°.

104. Il en est autrement du legs qui serait fait sous condition d'un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'héritier; par exemple, « si quelqu'un avait légué cent pistoles au chapitre de Saint-Agnan, *si son héritier assistait à leur office*,» ce legs serait valable; c'est ce qui est décidé par la Loi 3, ff. *de Leg.* 2°, où Paul répond que le legs fait sous cette condition, *hæres dare damnas esto si in Capitolium non ascenderit,* est valable. Il semblait que cette espèce fût semblable à la première, puisque l'accomplissement de la condition dont le testateur a fait dépendre ce legs, dépendant entièrement de la volonté de l'héritier, qui peut à son gré monter ou ne pas monter au Capitole, assister ou ne pas assister à l'office de Saint-Agnan ; c'est la même chose

---

[1] Le Code ne contient aucun article relatif à la captation et à la suggestion : c'est au juge à apprécier les circonstances.

quant à l'effet que si le legs était laissé à la volonté de l'héritier, néanmoins il y a une grande différence entre ces deux espèces, lorsque le testateur lègue quelque chose à quelqu'un expressément, *si l'héritier le veut,* l'héritier étant rendu expressément le maître absolu de la disposition, elle n'est plus la volonté du défunt, mais celle de l'héritier; mais, dans l'autre espèce, l'héritier n'est point laissé expressément le maître de la disposition; ce n'est que par conséquence que l'effet de la disposition dépend de la volonté de l'héritier, parce que le testateur a fait le legs sous une condition qui est en son pouvoir, et on ne peut pas dire que le legs dépend de sa pure volonté, puisqu'il faut qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose pour faire manquer la condition du legs.

105. La loi 11, § 5, ff. *de Leg.* 3°, établit une différence encore plus imperceptible entre le legs *si volueris*, et celui fait sous cette condition, *nisi hæres meus noluerit;* car elle décide que ce dernier est valable, et est censé fait sous la condition de l'agrément de l'héritier, laquelle condition existe aussitôt que l'héritier a donné quelques marques d'approbation. La différence entre les deux est que, lorsque le testateur lègue en ces termes : *si volueris hæres dato*, le testateur ne donne pas, mais laisse son héritier maître de donner ou de ne pas donner, le legs par conséquent n'est pas valable, et n'oblige pas l'héritier, qui demeure toujours le maître de ne pas donner, jusqu'à ce qu'il ait donné effectivement; mais lorsque le testateur lègue en ces termes : *nisi hæres meus noluerit*, ce qui revient à ceux-ci : *sous le bon plaisir de cet héritier, si cela ne lui fait pas trop de peine*, c'est véritablement le testateur qui donne l'approbation; l'agrément de l'héritier est seulement une condition apposée au legs, laquelle existe aussitôt que l'héritier a donné les moindres marques d'approbation, quoique hors la présence du légataire; c'est ce que la loi exprime par ces termes : *conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit, ideòque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

106. Il y a une différence bien plus sensible entre le legs *si volueris*, et celui-ci, *si æstimaveris, si putaveris*, etc.; la condition *si volueris* rend l'héritier le maître absolu de donner ou de ne pas donner ce qui a été légué, ce qui est contraire à la nature des legs; mais celle-ci, *si putaveris, si æstimaveris*, est une condition qui ne laisse pas le legs à la pure disposition de l'héritier; elle le constitue seulement le juge de l'équité du legs; et l'héritier étant obligé de décider selon les règles de l'équité, ne peut se dispenser d'acquitter le legs s'il le trouve être équitable. C'est pourquoi si quelqu'un « a légué à sa domestique 100 liv. de pension viagère, pour récompense de ses services, *si son héritier l'en jugeait digne*,» l'héritier ne pourra se dispenser d'acquitter ce legs, à moins qu'il ne prouve par de bonnes raisons que cette domestique ne mérite pas cette récompense; c'est ce que décide la Loi 11, § 7, ff. *de Leg.* 3° : *Quanquam fideicommissum itâ relictum non debeatur, si volueris; tamen si itâ adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaveris, etc., debebitur : non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.*

§ II. *Du legs que le testateur ferait dépendre de la volonté d'un tiers.*

107. Le legs qui serait laissé entièrement à la volonté non de l'héritier qui en est grevé, mais d'un tiers, serait-il valable? il semble que non : la Loi 52, ff. *de Condit.* le décide expressément : *Non poterit utiliter legari, si Mævius voluerit, Titio decem do, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.* La même décision se trouve dans les Lois 32 et 68, ff. *de Hæred. instit.* La raison est qu'il est de la nature et de l'essence des dernières volontés d'un testateur, qu'elles soient principalement sa volonté, et non pas celle d'une autre personne, suivant que nous l'avons observé ci-dessus.

La Loi 43, § 2, ff. *de Leg.* 1°, paraît contraire à cette décision; car elle dit: *Legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest.*

108. La vraie conciliation de ces textes me paraît être celle-ci, qu'apporte Cujas, lorsqu'il paraît que le testateur, incertain s'il léguerait ou non quelque chose à une personne, s'en est rapporté à la volonté d'un tiers, le legs n'est pas valable; car ce n'est pas alors principalement sa volonté; c'est celle de ce tiers, comme, par exemple, si quelqu'un s'était exprimé ainsi: *Je ne sais si je dois léguer une telle chose à Pierre; je la lui lègue si c'est le sentiment de Paul que je le fasse:* un tel legs ne vaut rien; car, en ce cas, le legs serait la volonté de Paul, et non celle du testateur; mais lorsque le testateur voulant effectivement léguer au légataire la chose qu'il lui a léguée, mais ne voulant pas qu'il ait cette chose contre le gré d'une tierce personne, la lui lègue *si cette personne y consent, et ne s'y oppose point*, le legs sera valable, parce que c'est véritablement le testateur qui veut léguer cette chose, la volonté de la tierce personne n'est requise que comme une condition. On peut apporter cet exemple; « un testateur lègue à quelqu'un son office d'avocat du roi *si son collègue y consent,*» ce legs est valable; car c'est lui qui veut léguer à ce légataire son office d'avocat du roi; il ne requiert le consentement de son collègue que comme une condition, parce qu'il ne veut pas donner à son confrère un collègue qui ne lui soit pas agréable.

109. Il reste une difficulté: cette loi établit une différence entre la volonté de l'héritier et celle d'une tierce personne, *legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest;* mais si nous disons que la volonté d'une tierce personne peut être apposée seulement comme une condition au legs, il ne restera plus de différence, car nous avons vu ci-dessus qu'on pouvait aussi apposer pour condition du legs la volonté et l'approbation de l'héritier du testateur.

La réponse est, que je peux apposer pour condition la volonté d'une tierce personne qui persévère jusqu'à la délivrance du legs, en sorte que le légataire ne puisse obtenir le legs, si au temps de la demande en délivrance cette personne n'est consentante, quand même elle aurait donné quelques marques de consentement auparavant qu'elle aurait par la suite rétracté, au lieu qu'on ne peut apposer pour condition à un legs une telle volonté de l'héritier, qui serait quelque chose de contradictoire avec l'obligation que doit contracter l'héritier d'acquitter le legs.

110. La volonté de l'héritier, qu'on peut apposer pour condition à un legs, n'est qu'une première et simple marque d'approbation qu'il ne puisse pas rétracter quand une fois il l'a donnée, *prima voluntas exigit, ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.* L. 11, § 5, ff. *de Leg.* 3°.

Les jurisconsultes romains rapportent encore d'autres conditions qui détruisent et annulent les dispositions testamentaires; telles sont celles qui renfermeraient le vice de perplexité ou contradiction, comme dans ce cas-ci: *Titius hæres esto si Seïus hæres erit, Seïus hæres esto si Titius hæres erit;* L. 16, ff. *de Condit. instit.,* mais ces cas sont des cas métaphysiques, et qui ne se rencontrent point *in praxi.*

111. A l'égard des conditions impossibles *naturâ aut jure,* elles n'annullent point la disposition, mais elles sont regardées comme non écrites [1].

---

[1] *V.* art. 900, C. civ., ci-dessus, p. 250 note 1.

CHAPITRE III.

Des personnes qui sont capables ou non de tester; de celles qui sont capables ou non de recevoir par testament; de celles qu'on peut ou non grever de legs et fidéicommis.

SECT. Ire.—DES PERSONNES QUI SONT CAPABLES OU NON DE TESTER.

112. Les coutumes de Paris et d'Orléans disent: *Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits, peuvent disposer par testament*[1], etc.

Ces coutumes, par ces termes: *usant de leurs droits*, n'entendent parler que des droits attachés à l'état civil.

La puissance paternelle ne rend point en pays coutumier les enfants de famille incapables de tester, en quoi notre droit diffère du droit romain, qui ne permet aux enfants de famille de tester que du pécule *castrense et quasi castrense*[2].

Pareillement la femme mariée, quoique soumise en pays coutumier à la puissance de son mari, ne laisse pas d'être capable de tester, et elle n'a pas même besoin (si on excepte un petit nombre de coutumes) de l'autorisation de son mari, quoiqu'elle en ait besoin pour tous les actes entre-vifs; la raison est qu'il est de la nature des testaments de ne pas dépendre de la volonté d'un autre que du testateur, et que d'ailleurs ils ne commencent à avoir leur effet qu'au temps de la mort, auquel temps la puissance maritale cesse[3].

Il y a donc, selon nos coutumes, trois choses nécessaires pour la capacité de tester: —1° l'état civil; —2° l'âge suffisant; — 3° l'exemption de certains défauts de l'esprit ou du corps.

ART. Ier. — De l'état civil dont doit jouir le testateur.

113. Le testament appartient au droit civil, d'où il suit qu'il n'y a que ceux qui jouissent des droits de citoyen qui puissent tester.

§ Ier. *Des étrangers.*

114. Suivant le principe ci-dessus: 1° Les aubains ou étrangers non naturalisés sont régulièrement incapables de tester des biens qu'ils ont en France[4].

---

[1] *V.* art. 901 et 902, C. civ.

Art. 901: « Pour faire une donation « entre-vifs ou un testament, il faut « être sain d'esprit. »

Art. 902: « Toutes personnes peu« vent disposer et recevoir, soit par « donation entre-vifs, soit par testa« ment, excepté celles que la loi en « déclare incapables. »

[2] La puissance paternelle est entièrement indifférente à la capacité ou à l'incapacité de tester.

[3] *V.* art. 226 et 905, C. civ.

Art. 226: « La femme peut tester « sans l'autorisation de son mari. »

Art. 905: « La femme mariée ne « pourra donner entre-vifs sans l'as« sistance ou le consentement spécial « de son mari, ou sans y être autorisée « par la justice, conformément à ce « qui est prescrit par les art. 217 et « 219, au titre *du Mariage*.—Elle n'au« ra besoin ni de consentement du « mari, ni d'autorisation de la justice, « pour disposer par testament. »

[4] *V.* art. 1, Loi du 14 juillet 1819.

Cette règle néanmoins souffre plusieurs exceptions :—1° à l'égard des ambassadeurs, envoyés, résidents, et toutes les personnes de leur suite à qui il est permis de tester des biens meubles qu'ils ont en France ;—2° à l'égard des marchands fréquentant les foires de Lyon et autres foires, ou résidant en certaines places de commerce, à qui il est permis, suivant différentes lettres-patentes de nos rois, de tester de leurs meubles ; — 3° à l'égard des soldats étrangers, qui jouissent aussi du même privilége ;—4° à l'égard des sujets de certaines nations qui, par les traités d'alliance faits entre le roi et ces nations, sont exceptés entièrement, ou à certains égards, du droit d'aubaine ; il faut à leur égard suivre ce qui est porté par les traités.

Cette règle souffre encore une autre exception par les édits portant création de certaines rentes que le roi a permis aux étrangers d'acquérir, et à l'égard desquelles il a renoncé au droit d'aubaine, et permis aux étrangers qui les acquerraient d'en disposer par testament.

2° Les Français qui ont perdu les droits de cité en s'établissant en pays étranger, où ils sont décédés, sont aussi incapabes de tester que les étrangers[1].

Il en est autrement de ceux qui voyagent seulement ou sont prisonniers de guerre ; ils n'ont point perdu leurs droits de cité, quoiqu'ils y soient décédés, et leur testament fait, soit en France, soit dans les pays étrangers, est valable.

§ II. *Des religieux.*

115. Les religieux ayant perdu l'état civil par la profession religieuse, ne peuvent faire de testament, quoiqu'ils aient un bénéfice hors du cloître, *putà* une cure et un pécule[2].

116. L'épiscopat, à cause de l'éminence de cette dignité, rend au religieux devenu évêque l'état civil, et par conséquent la faculté de tester.

117. Il y a néanmoins des auteurs qui contestent aux évêques ce droit de tester; mais les arrêts rapportés par les auteurs ayant jugé qu'ils pouvaient transmettre leur succession à leurs parents, il y a même raison de décider qu'ils peuvent tester, le droit de transmettre sa succession ne supposant pas moins le recouvrement de l'état civil par ce religieux évêque que le droit de tester.

118. Les jésuites, après leurs premiers vœux, sont de vrais religieux, et ne peuvent tester ; mais lorsqu'ils ont été congédiés de la société, ils recouvrent l'état civil et la faculté de tester.

119. Lorsqu'ils sont congédiés après l'âge de trente-trois ans, la déclaration du roi veut qu'ils ne puissent succéder à leurs parents, même à ceux qui décéderaient depuis leur retour au siècle ; mais je ne pense pas que cette disposition, fondée sur des raisons particulières, doive être étendue à d'autres cas, et qu'on puisse refuser à ce jésuite retourné au siècle, tous les autres droits dépendants de l'état civil, du nombre desquels est celui de tester.

120. Le religieux qui a été relevé de ses vœux par le pape, ne recouvre pas l'état civil, ni par conséquent la faculté de tester ; car le pouvoir du pape, qui hors de ses états est tout spirituel, ne peut s'étendre à l'état civil, et il n'y a que le roi qui puisse le rendre à ceux qui l'ont perdu.

Art. 1 : « Les art. 726 et 912, C. civ., « sont abrogés ; en conséquence, les « étrangers auront droit de succéder, de « disposer et de recevoir de la même « manière que les Français dans toute « l'étendue du royaume. »

Art. 2 : « Dans le cas de partage « d'une même succession entre des « cohéritiers étrangers et francais, « ceux-ci prélèveront sur les biens « situés en France une portion égale « à la valeur des biens situés en pays « étranger dont ils seraient exclus, à « quelque titre que ce soit, en vertu « des lois et coutumes locales. »

[1] Ils sont devenus étrangers.

[2] Nos lois nouvelles ne reconnaissent point la profession religieuse.

Il en est autrement de celui qui par une sentence juridique rendue dans le royaume par l'official, qui était compétent pour en connaître, a fait prononcer la nullité de ses vœux, il peut tester, parce que cette sentence, qui ne pouvait pas lui rendre l'état civil s'il l'avait perdu, en déclarant que ses vœux sont nuls, déclare qu'il ne l'a jamais perdu.

121. Les chevaliers de Malte, quoiqu'ils soient religieux, peuvent néanmoins, par un privilége accordé à leur ordre, et confirmé par nos rois, tester d'une partie de leur pécule, avec la permission de leur grand-maître.

§ III. *Des condamnés.*

122. Ceux qui ont été condamnés à la peine de mort, soit naturelle, soit civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité ou du bannissement perpétuel hors du royaume, perdant l'état civil par cette condamnation, perdent par conséquent le droit de tester [1].

123. Il faut en excepter : — 1° ceux qui sont condamnés même à la peine de mort naturelle par un conseil de guerre ; car ces condamnations ne font pas perdre l'état civil ; — 2° ceux qui ayant été condamnés par une sentence contradictoire sont morts pendant l'appel, ou qui ayant été condamnés par un jugement de contumace, sont morts dans les cinq ans, depuis l'exécution du jugement, qui leur sont accordés pour se représenter, ou ceux dont la condamnation par contumace a été anéantie par leur représentation ou emprisonnement fait même après les cinq ans, s'ils n'ont pas été condamnés depuis à une peine capitale ; car toutes ces personnes sont censées mortes *integri statûs*, et n'avoir pas perdu leur état civil, qui était seulement en suspens [2].

124. Il y a quelques crimes pour lesquels on fait le procès à la mémoire ; savoir ceux de lèze-majesté, d'hérésie, de duel et d'homicide. Ceux dont la mémoire est condamnée pour quelques-uns de ces crimes, sont censés n'avoir pas joui de l'état civil lors de leur mort, et par conséquent le testament qu'ils auraient fait n'est pas valable [3].

Ceux qui par lettres de cachet sont chassés du royaume, conservent l'état civil, et par conséquent la faculté de tester ; car on ne peut perdre son état civil malgré soi que par une condamnation juridique [4].

125. Les condamnations à une peine infamante ne font pas perdre l'état civil, quoiqu'elles le diminuent à certains égards [5]

---

[1] Art. 25, C. civ. : « Il (le mort civilement) ne peut disposer de ses « biens, en tout ou en partie, soit par « donation entre-vifs, soit par testa- « ment. »

[2] *V.* art. 31, C. civ.

Art. 31 : « Si le condamné par con- « tumace meurt dans le délai de grâce « de cinq années sans s'être représenté, « ou sans avoir été saisi ou arrêté, il « sera réputé mort dans l'intégrité de « ses droits. Le jugement de contu- « mace sera anéanti de plein droit, « sans préjudice néanmoins de l'ac- « tion de la partie civile, laquelle ne « pourra être intentée contre les héri- « tiers du condamné que par la voie « civile. »

[3] *V.* art. 2, 1er alinéa, C. d'inst. crim.

Art. 2 : « L'action publique pour « l'application de la peine s'éteint par « la mort du prévenu. — L'action civile « pour la réparation du dommage peut « être exercée contre le prévenu et « contre ses représentants. — L'une et « l'autre action s'éteignent par la pre- « scription, ainsi qu'il est réglé au li- « vre II, titre VII, chapitre V, *de la* « *Prescription*. »

[4] Les lettres de cachet n'existent plus.

[5] *V.* art. 29, C. pén.

Art. 29 : « Quiconque aura été con- « damné à la peine des travaux forcés « à temps, de la détention ou de la ré- « clusion, sera, de plus, pendant la du- « rée de sa peine, en état d'interdic- « tion légale ; il lui sera nommé un tu- « teur et un subrogé tuteur pour gé-

§ IV. *En quel temps la capacité de tester est-elle nécessaire?*

126. Il nous reste à observer que la capacité de tester qui résulte de l'état civil est requise tant au temps de la mort qu'au temps du testament; c'est pourquoi, quoique le testateur fût jouissant de son état civil lorsqu'il a fait son testament, si néanmoins il l'a perdu depuis par une condamnation capitale, son testament ne sera pas valable[1].

Cela a lieu même à l'égard des biens situés dans les provinces où la confiscation n'a pas lieu; car ce n'est qu'en faveur des parents et héritiers du condamné que la loi exclut la confiscation.

127. A l'égard de celui qui perd la vie civile par la profession religieuse, le testament qu'il a fait avant sa profession, et qui a une date certaine avant sa profession, est valable; car il est censé mourir en possession de son état civil au dernier instant qui a précédé sa profession par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*[2].

Mais le testament qui aurait été fait par un religieux qui depuis serait devenu évêque, ne serait pas valable, quoiqu'il fût jouissant de son état civil au temps de sa mort; car il faut en jouir aussi au temps de la confection du testament.

128. Ce que nous venons d'observer, que la capacité de tester qui résulte de l'état civil, doit se trouver dans le testateur tant au temps de la mort qu'au temps de la confection du testament, ne doit pas être étendue aux autres espèces de capacités dont nous allons traiter; il suffit que le testateur les ait eues lors de son testament. La raison de différence est qu'elles ne sont requises que pour la valable confection du testament, au lieu que l'état civil est requis, non-seulement pour pouvoir faire un testament, mais pour avoir le droit de transmettre ses biens par testament; et comme c'est à sa mort que ce droit s'accomplit, il s'ensuit qu'il doit jouir de ce droit au temps de sa mort.

ART. II. — De l'âge requis pour tester.

129. Les lois romaines permettent de tester à l'âge de puberté commencée, c'est-à-dire aux mâles à l'âge de quatorze ans, et aux filles à l'âge de douze ans[3].

Comme les Romains étaient extrêmement jaloux du droit de tester, et d'exercer en testant une espèce de pouvoir législatif sur ce qui leur appartenait, ils ont cru qu'on ne pouvait accorder trop tôt le droit de tester. D'ailleurs, comme c'était à cet âge qu'ils sortaient de tutelle, et qu'ils acquéraient le droit d'administrer leurs biens (l'usage de donner des curateurs aux mineurs pour administrer leurs biens ne s'étant introduit que par la suite, et d'ailleurs ces curateurs ne se donnant qu'à ceux qui en demandaient), on a

---

« rer et administrer ses biens, dans les « formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs « aux interdits. »

[1] *V.* art. 25, 1er alinéa, C. civ.

Art. 25 : « Par la mort civile, le « condamné perd la propriété de tous « les biens qu'il possédait; sa succes« sion est ouverte au profit de ses hé« ritiers, auxquels ses biens sont dé« volus, de la même manière que s'il « était mort naturellement et sans tes« tament. »

[2] Cette perte de l'état civil n'est point reconnue par les lois nouvelles.

[3] *V.* art. 904, C. civ.

Art. 904 : « Le mineur parvenu à « l'âge de seize ans ne pourra disposer « que par testament, et jusqu'à con« currence seulement de la moitié des « biens dont la loi permet au majeur de « disposer. »

cru que si on accordait à cet âge aux mineurs le droit d'administrer leurs biens, on devait aussi leur accorder le droit de tester, qui devait leur être beaucoup plus cher.

130. A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont fort différentes sur l'usage de tester; aucune néanmoins ne le permet aussitôt que le droit romain le permettait.

Il y en a qui distinguent entre les hommes et femmes, entre l'âge pour tester des meubles et celui pour tester des immeubles, entre l'âge pour tester des meubles et acquêts, et celui pour tester de la partie des propres dont elles permettent de disposer.

Il y en a qui permettent aux personnes de tester au moins de certaines choses aussitôt qu'elles sont mariées, quoiqu'elles ne le permettent aux autres que dans un âge plus avancé. Nous n'entrerons point dans le détail de ces différentes coutumes; nous remarquerons seulement que le plus grand nombre est de celles qui permettent de tester au moins des meubles et acquêts aux hommes à vingt ans accomplis, et aux femmes à dix-huit.

Celle de Paris, art. 293, et d'Orléans, 293, ne distinguent point les hommes des femmes, et permettent indistinctement de tester des meubles et acquêts à l'âge de vingt ans accomplis.

131. Une personne a vingt ans accomplis aussitôt que commence le dernier jour de sa vingtième année; car la coutume n'exige pas qu'il soit majeur de vingt ans, mais qu'il ait vingt ans accomplis, et il les a accomplis lorsqu'il a atteint le dernier jour de sa vingtième année, sans qu'on fasse attention à quelle heure de la journée il est né; car les années se comptent par jours et non par heures et par moments; c'est pourquoi si, par exemple, il est né le 1er janvier 1700, il pourra tester le dernier de décembre 1719 aussitôt après minuit, car c'est en ce jour qu'il accomplit sa vingtième année; il commence la vingt et unième le 1er janvier 1720[1]; c'est la décision de la loi 5, ff. *Qui testam. fac. poss.*

La personne étant inhabile à tester avant cet âge, elle ne peut, pour quelque raison que ce soit, faire avant cet âge aucune disposition testamentaire. Il y a néanmoins un arrêt dans Soefve (du 13 mars 1657, t. 2, centurie 1, ch. 63), qui a confirmé un legs modique fait avant cet âge à une domestique pour récompense de services; mais cet arrêt ne peut être tiré à conséquence

132. A l'égard des propres, les coutumes de Paris et d'Orléans ne permettent d'en tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis; si néanmoins le testateur n'avait ni meubles ni acquêts, elles lui permettent d'en tester à l'âge de vingt ans[2].

Il n'y a personne qui n'ait quelques meubles à lui appartenant, quand ce ne serait que ses habits; mais comme *parum pro nihilo reputatur,* une personne est censée n'avoir pas de meubles, lorsque ce qu'elle en a n'est d'aucune considération; et c'est dans ce sens qu'on doit entendre la coutume.

133. Il reste la question de savoir quelle loi on doit suivre pour l'âge de tester dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées; il y a des arrêts anciens qui ont jugé qu'on devait suivre le droit romain; mais on est revenu aujourd'hui de cet attachement au droit romain. On doit distinguer dans ce droit les décisions qui ne sont puisées que dans les principes du droit naturel, que les jurisconsultes romains ont plus approfondi que personne, et celles qui ont leur fondement dans les mœurs particulières à ce peuple; on ne peut être trop attaché aux premières; mais les autres, du nombre desquelles est celle qui règle l'âge de tester, ne sont d'aucune considération pour nous, qui avons

---

[1] Il nous paraît que le mineur *n'est parvenu à l'âge de 16 ans,* qu'il n'a atteint cet âge, que lorsque les seize ans sont complétement révolus.

[2] Cette distinction n'a plus d'utilité quant au testament.

des mœurs toutes différentes : c'est ce qui résulte de ce que nous avons observé au commencement de cet article ; ce ne peut donc être le droit romain qui nous doit servir de règle à cet égard.

Il paraît qu'aujourd'hui la jurisprudence du parlement de Paris est, que dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge de tester, on doit suivre à cet égard celle de Paris, comme la plus raisonnable sur ce point.

ART. III. — Des défauts d'esprit et du corps qui empêchent de tester.

§ I. *Des fous.*

134. Nos coutumes veulent que le testateur soit *sain d'entendement ;* la folie, la démence, rendent donc incapable de tester ; cela est pris dans la nature même des choses ; le testament est la déclaration des dernières volontés ; celui qui n'a pas l'usage de la raison, n'a point de volonté ; *furiosi nulla voluntas* [1].

135. Le testament qu'un homme en démence a fait est déclaré nul quand même il n'aurait pas été interdit ; car ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui le rend incapable de tester ; l'interdiction ne fait que déclarer la démence ; et si elle peut être prouvée d'ailleurs, le testament qu'aura fait une personne en cet état doit être déclaré nul [2].

136. Quoique le notaire qui a reçu le testament ait déclaré *que le testateur lui a paru sain d'entendement,* les héritiers ne laissent pas d'être recevables dans la preuve qu'ils offriraient de faire de sa démence ; Soefve (arrêt du 8 janvier 1658, t. 2, centurie 1, ch. 77) ; car le notaire ne peut pas, dans un temps aussi court qu'est celui qu'il faut pour dicter un testament, juger de l'état du testateur, et d'ailleurs cette clause est de style. Cette clause est donc très inutile ; car, si elle n'exclut pas la preuve de la démence, lorsqu'elle se trouve dans le testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du testament lorsqu'elle est omise.

§ II. *Des prodigues.*

137. Ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité, ne peuvent faire de testament ; L. 18, ff. *Qui test. facere poss.* Mais comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'est pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction, qui le prive de la faculté de tester, en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'est que depuis l'interdiction qu'il devient incapable de tester, en quoi il est différent d'une personne en démence [3].

---

[1] *V.* art. 901, C. civ. *V.* ci-dessus p. 256, note 1.

[2] Cela est hors de doute lorsqu'il s'agira d'une folie accidentelle et momentanée. Mais si tel était l'état habituel, l'art. 504, C. civ., fournit une grave objection contre cette décision, qui cependant est admise par la jurisprudence. *V.* art. 504, C. civ.

Art. 504 : « Après la mort d'un in- « dividu, les actes par lui faits ne pour- « ront être attaqués pour cause de dé- « mence, qu'autant que son interdic- « tion aurait été prononcée ou provo- « quée avant son décès ; à moins que « la preuve de la démence ne résulte « de l'acte même qui est attaqué. »

[3] Les prodigues ne sont point interdits aujourd'hui, on leur nomme seulement un conseil judiciaire ; et le testament n'est pas au nombre des actes qui leur sont défendus. *V.* art. 513, C. civ.

Art. 513 : « Il peut être défendu aux « prodigues de plaider, de transiger, « d'emprunter, de recevoir un capital « mobilier et d'en donner décharge, « d'aliéner, ni de grever leurs biens « d'hypothèques, sans l'assistance d'un « conseil qui leur est nommé par le « tribunal. »

§ III. *Des muets.*

138. Les muets qui ne savent pas écrire ne peuvent pas tester, car on ne peut tester qu'en dictant ses dernières volontés ou en les écrivant, l'ordonnance de 1731 ayant rejeté les testaments faits par signes.

Je ne croirais pas qu'on dût ordinairement faire valoir le testament qu'aurait écrit de sa main un sourd et muet de naissance; car on ne peut être assuré qu'il soit l'ouvrage de sa volonté, et qu'il ne l'ait pas copié sans entendre ce qu'il copiait sur un exemple qu'on lui aura présenté [1].

Art. IV. — Quelle loi doit-on suivre pour la capacité de tester.

139. Les lois qui règlent la capacité de tester, étant des lois qui ont pour objet de régler l'état des personnes et les droits qui sont attachés à leur état, il s'ensuit que ce sont des lois personnelles, qui exercent leur empire sur les personnes seulement qui sont domiciliées dans leur territoire, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

De là il suit qu'un fils de famille, domicilié en pays de droit écrit, ne peut tester de ses biens, quand même ils seraient situés en pays coutumier, à moins qu'ils ne proviennent de son pécule *castrense*, ou *quasi-castrense*; et qu'au contraire un fils de famille, domicilié en pays coutumier, suffisamment âgé, peut tester de ses biens, quand même ils seraient situés en pays de droit écrit.

Par la même raison, un pubère mineur de vingt ans, domicilié en pays de droit écrit, peut tester de ses biens, quoique situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans; et au contraire, s'il était domicilié dans ces coutumes, il ne pourrait pas tester de ceux situés en pays de droit écrit.

140. Il y a néanmoins une différence à faire entre les lois qui règlent l'âge pour tester des biens ordinaires, et celles qui exigent un âge plus avancé, pour tester des propres, que celui qui est requis pour tester des biens ordinaires. Les premières sont des statuts personnels, n'ayant pour objet que de régler l'état de la personne, en définissant à quel âge elle doit être habile à user du droit de tester que la loi accorde aux citoyens. Mais celles qui défendent de disposer avant un certain âge des propres, même à ceux qui ont l'habilité de tester des biens ordinaires, paraissent avoir pour objet principal ces héritages propres qu'ils veulent conserver aux familles, en interdisant avant un certain âge leur disposition; c'est pourquoi ces lois ayant pour objet les choses plutôt que les personnes, doivent passer pour statuts réels, et par conséquent ne doivent exercer leur empire que sur les choses situées dans leur territoire, et l'y exercer à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est sur ces principes qu'il paraît que par arrêt (du 21 janvier 1716) rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 3), on a jugé qu'un jeune homme de 21 ans, domicilié à Paris, avait pu tester de ses propres situés en Berri, quoique la coutume de Paris, en permettant de tester des biens ordinaires à 20 ans, ne permette de disposer du quint des propres qu'à 25.

SECT. II. — Des personnes qui sont capables ou non de recevoir par testament.

141. Les personnes qui sont incapables de tester, ne sont pas pour cela incapables de recevoir les dispositions testamentaires qui pourraient être faites

---

[1] Le muet ne peut faire de testament par acte public, puisqu'il ne peut *dicter*; mais il peut faire un testament mystique (art. 979, C. civ., *V.* ci-dessus p. 239, note 2) et rien n'empêche qu'il teste en la forme olographe.

à leur profit; on peut en faire au profit des impubères, des fous, des interdits, des sourds et muets, quoique ces personnes soient incapables de tester.

142. Il y a quatre espèces d'incapacités de recevoir par testament : une *absolue*, une *relative à certaines choses*, une *relative à la personne du testateur ;* enfin, il y a une incapacité de recevoir des legs, *relative à la qualité qu'a le légataire d'hériter de celui qui lui a fait le legs.*

Observez en général, à l'égard de tous les incapables, que ce qu'on ne peut leur léguer directement, on ne le peut non plus par personnes interposées en léguant à une personne qu'on chargerait secrètement de restituer à la personne incapable [1].

143. La preuve de cette interposition de personnes, peut être admise par témoins [2]; ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 9 février 1661, rapporté par Soefve, tome 2, centurie 2, n° 33. A défaut de preuve, on peut déférer le serment au légataire qu'on soupçonne être personne interposée, *si c'est pour lui qu'il entend accepter le legs.*

ART. Ier. — De l'incapacité absolue.

144. Les personnes qui sont privées de l'état civil, ont une incapacité absolue de recevoir par testament, puisqu'elles sont regardées comme n'étant point.

C'est pourquoi,—1° Les religieux sont incapables de recevoir aucune disposition testamentaire [3].

On permet néanmoins les legs de pension viagère, faits à un religieux ou à une religieuse pour ses aliments, mais elle ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour les aliments, et si elle excédait, elle serait réductible. On peut tirer argument pour la somme à laquelle peuvent monter ces pensions, de ce qui a été réglé par la déclaration du 28 avril 1693, pour les pensions que les communautés religieuses établies depuis 1600 peuvent exiger pour la dot de celles qui font profession, lesquelles sont réglées par cette loi à 400 livres pour Paris, et à 350 livres pour les autres villes.

---

[1] *V.* art. 911, C. civ.

Art. 911 : « Toute disposition au « profit d'un incapable sera nulle, soit « qu'on la déguise sous la forme d'un « contrat onéreux, soit qu'on la fasse « sous le nom de personnes interpo- « sées.—Seront réputées personnes in- « terposées les père et mère, les en- « fants et descendants, et l'époux de « la personne incapable. »

[2] Les parties au préjudice desquelles cette fraude a été commise n'ont pas pu se procurer une preuve par écrit.

Art. 1348 : « (Les règles relatives « à la preuve testimoniale) reçoivent « exception toutes les fois qu'il n'a pas « été possible au créancier de se pro- « curer une preuve littérale de l'obli- « gation qui a été contractée envers « lui.—Cette seconde exception s'ap- « plique, 1° aux obligations qui nais- « sent des quasi-contrats et des délits « ou quasi-délits; 2° aux dépôts né- « cessaires faits en cas d'incendie, « ruine, tumulte ou naufrage, et à « ceux faits par les voyageurs en lo- « geant dans une hôtellerie, le tout « suivant la qualité des personnes et « les circonstances du fait; 3° aux obli- « gations contractées en cas d'accidents « imprévus, où l'on ne pourrait pas « avoir fait des actes par écrit; 4° au « cas où le créancier a perdu le titre « qui lui servait de preuve littérale, par « suite d'un cas fortuit, imprévu et ré- « sultant d'une force majeure. »

[3] Cette incapacité n'a pas lieu aujourd'hui.

On peut très certainement en conclure qu'une pension léguée à un religieux ou à une religieuse ne peut excéder ces sommes, et même elles peuvent être réduites à moins, suivant que les couvents sont riches ou pauvres, ou que la succession du testateur est plus ou moins opulente.

Observez, à l'égard de ces legs de pensions faits à des religieux, que ce n'est point à ce religieux, mais au couvent où est ce religieux que le droit qui résulte de ce legs est acquis[1]; car ce religieux, par son état de religieux, ne peut rien avoir en propre; c'est pourquoi ce n'est point le religieux, mais le couvent qui en fera la demande en justice: c'est au couvent à qui la délivrance en doit être faite; ce n'est point au religieux, mais au supérieur, ou autre préposé pour recevoir les revenus du couvent, que les arrérages de cette pension doivent être payés.

Si cependant ce religieux avait un bénéfice hors du cloître, comme en ce cas le religieux peut avoir un pécule, et qu'il est autorisé à faire les demandes en justice pour raison de ce qui dépend de son pécule, il pourra par lui-même faire la demande du legs de pension viagère qui lui avait été fait, et en recevoir les arrérages, cette pension viagère faisant partie de son pécule.

2° Les condamnés à une peine capitale étant par cette condamnation privés de l'état civil, deviennent par conséquent incapables de recevoir aucune disposition testamentaire[2].

3° Les communautés, corps, confréries, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires[3].

Il n'y a de corps autorisés que ceux qui sont établis ou confirmés par des lettres patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel ils sont établis.

Si un corps à qui le testateur a fait un legs, n'avait point, lors du testament, de lettres patentes, mais que, lors du décès du testateur, il se trouvât érigé par lettres patentes, le legs serait-il valable? La règle de Caton semble y résister; *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les couvents des Capucins, Récollets et d'autres instituts semblables, quoique autorisés par lettres patentes sont, par la profession particulière de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques, qui leur sont faits pour prier Dieu, même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur monastère.

4° Enfin les étrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire; car les droits de recevoir par testament, comme de faire un testament, sont des droits accordés par la loi civile, et qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens[4].

---

[1] *V.* Loi du 2 janvier 1817.

Art. 1er: « Tout établissement ecclé- « siastique reconnu par la loi, pourra « accepter, avec l'autorisation du roi, « tous les biens meubles, immeubles ou « rentes, qui lui seront donnés par « actes entre-vifs ou par actes de der- « nière volonté. »

[2] *V.* art. 25, C. civ., 3e alinéa: « (Le « condamné à la mort civile) ne peut ni « disposer de ses biens, en tout ou en « partie, soit par donation entre-vifs, « soit par testament, ni recevoir à ce « titre, si ce n'est pour cause d'ali- « ments. »

[3] *V.* Loi du 2 janvier 1817, ci-dessus, note 1.

[4] *V.* Loi du 14 juillet 1819, qui abroge les art. 726 et 912, C. civ., ci-dessus, p. 256, note 4.

Art. II. — De l'incapacité relative à certains biens.

145. Les corps et communautés autorisés, les fabriques, les hôpitaux, les bénéficiers, en leur qualité de bénéficiers, et tous ceux qu'on appelle *gens de main morte*, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seraient faites à leur profit [1].

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le roi, le clergé, diocèse, pays d'Etat, villes et communauté; mais, depuis l'édit de 1749, on ne peut leur léguer des rentes constituées sur particuliers, même dans les provinces où ces rentes sont réputées meubles, car l'édit est général; ni encore moins aucuns héritages, ni droits réels, ledit édit, art. 17, déclare nuls lesdits legs, ce qui est une suite de la défense générale qui leur est faite, d'acquérir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns biens de cette espèce.

146. Quoique les gens de main morte puissent acquérir des biens de cette espèce, en vertu d'une permission particulière du roi, par lettres patentes dûment enregistrées; néanmoins les legs qui leur seraient faits de biens de cette espèce, quoique sous la condition d'obtenir par eux des lettres patentes, ne laissent pas d'être nuls; c'est ce qui est expressément décidé par ledit art. 17. Les legs qui seraient faits des biens de cette espèce à des tierces personnes, à la charge d'en remettre les revenus aux gens de main morte, ou à la charge de les vendre, et de leur en remettre le prix, sont pareillement déclarés nuls (*V.* ledit art. 17).

Par la même raison, les legs d'une somme d'argent faits aux gens de main morte, ne sont payables que sur les biens de la succession qui sont de l'espèce de ceux dont ces gens sont capables, et ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce qu'il y a de biens de cette espèce dans la succession pour les acquitter.

147. Les legs universels, faits aux gens de main morte, ne comprennent pareillement que ceux des biens de cette succession, dont ces gens sont capables, et non les héritages et rentes de la succession dont ils sont incapables.

Les legs de ces sortes de biens, faits aux gens de main morte par des testaments qui ont une date authentique avant l'édit, sont-ils valables lorsque le testateur est mort depuis l'édit?—Les raisons pour la négative sont que les testaments n'ont aucun effet que du jour de la mort du testateur; ce n'est que de ce jour que les légataires acquièrent un droit aux choses qui leur sont léguées, les gens de main morte se trouvant incapables dans ce temps d'acquérir lesdites choses, le legs qui leur en a été fait ne peut avoir d'effet. Ajoutez que les dispositions testamentaires sont la dernière volonté du testateur; elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont censées avoir été sa volonté au dernier instant de sa vie, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté; or, dans ce dernier instant, il ne pouvait plus vouloir ce qui était pour lors défendu par la loi.—On dit au contraire que l'ordonnance, art. 28, dit : « N'entendons rien innover en ce qui concerne les dispositions ou actes faits « en faveur des gens de main morte, lorsque lesdites dispositions auront une « date authentique avant la publication des présentes, ou auront été faites par « des personnes décédées depuis. » Mais la réponse est que les actes et dispositions qui auront une date authentique avant l'édit, et dont l'édit parle, sont

---

[1] L'acceptation doit être autorisée par le gouvernement. *V.* art. 910, C. civ., et Loi du 2 janvier 1817; *V.* Loi du 24 mai 1825; Ordonnances des 2 avril 1817 et 14 janvier 1831.

Art. 910 : « Les dispositions entre-« vifs ou par testament, au profit des « hospices, des pauvres d'une com-« mune, ou d'établissements d'utilité « publique, n'auront leur effet qu'au-« tant qu'elles seront autorisées par « une ordonnance royale. »

les actes et dispositions entre-vifs, parce que ces actes ont un effet du jour qu'il est certain qu'ils ont été passés, et qu'il faut rapporter aux testaments ce qui est ajouté, *ou par des personnes décédées depuis.*

Nonobstant ces raisons, l'Hôtel-Dieu d'Orléans a obtenu par arrêt la délivrance du legs universel fait à cet hôpital par le sieur Barré, mort depuis l'édit, parce que son testament avait une date authentique avant l'édit, et la Cour avait déjà auparavant jugé la même chose en pareille espèce au profit d'un autre hôpital.

Art. III. — De l'incapacité relative à la personne du testateur.

148. Il y a des personnes à qui le testateur ne peut rien léguer, quoiqu'elles soient capables de recevoir des legs de toute autre personne.

Telles sont toutes les personnes qui ont quelque pouvoir sur la personne du testateur, ce qui pourrait faire craindre la suggestion.

C'est pour cette raison que l'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs : ce qui a été étendu par la coutume de Paris aux pédagogues, et par la jurisprudence aux médecins, chirurgiens, apothicaires, opérateurs, qui gouvernaient le malade dans le temps qu'il a fait son testament, aux directeurs et confesseurs du testateur, au procureur dont le testateur était le client. *V.* ce que nous avons dit en notre *Traité des Donations entre-vifs*, touchant les extensions et les limitations de cette prohibition de donner à ces personnes[1].

149. A l'égard des maris et femmes, les coutumes sont partagées ; les unes conformes au droit romain, en leur défendant de se rien donner entre-vifs, leur permettent de se donner par testament ce qu'elles pourraient léguer à toute autre personne, sans distinguer s'ils ont enfants ou non ; d'autres distinguent s'ils ont enfants ou non ; d'autres distinguent entre les meubles et conquêts et les autres biens, entre la propriété et l'usufruit. Celle de Paris, art. 282, celle d'Orléans, art. 280, et un grand nombre d'autres coutumes, défendent aux maris et femmes de se donner aucune chose par testament, non plus qu'entre-vifs, soit qu'ils aient enfants ou non.

Par la coutume de Paris, art. 283, comme nous l'avons déjà vu au *Traité*

---

[1] *V.* art. 907 et 909, C. civ.

Art. 907 : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, « même par testament, disposer au « profit de son tuteur. — Le mineur, « devenu majeur, ne pourra disposer, « soit par donation entre-vifs, soit par « testament, au profit de celui qui « aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalable« ment rendu et apuré.—Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les « ascendants des mineurs, qui sont ou « qui ont été leurs tuteurs. »

Art. 909 : « Les docteurs en médecine « ou en chirurgie, les officiers de santé « et les pharmaciens qui auront traité « une personne pendant la maladie « dont elle meurt, ne pourront profiter « des dispositions entre-vifs ou testa« mentaires qu'elle aurait faites en leur « faveur pendant le cours de cette ma« ladie.— Sont exceptées, 1° les dispo« sitions rémunératoires faites à titre « particulier, eu égard aux facultés du « disposant et aux services rendus ; « —2° Les dispositions universelles, « dans le cas de parenté jusqu'au qua« trième degré inclusivement, pourvu « toutefois que le décédé n'ait pas d'hé« ritiers en ligne directe ; à moins que « celui au profit de qui la disposition a « été faite, ne soit lui-même du nom« bre de ces héritiers. — Les mêmes « règles seront observées à l'égard du « ministre du culte. »

[2] *V.* art. 1094, C. civ.

Art. 1094 : « L'époux pourra, soit « par contrat de mariage, soit pendant « le mariage, pour le cas où il ne lais-

des Donations entre mari et femme, le conjoint, lorsqu'il n'a pas d'enfants peut donner, et par conséquent léguer aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; mais dans les autres coutumes qui défendent aux conjoints de se donner directement ni indirectement, sans s'être expliquées sur les enfants, un conjoint, soit qu'il ait des enfants ou non, ne peut, pendant son mariage, rien léguer ni donner aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; il y en a un arrêt de règlement que nous avons rapporté au *Traité des Donations entre mari et femme*.

150. Ce qu'un conjoint lègue au père ou à la mère de l'autre conjoint, est aussi censé légué indirectement à ce conjoint. Sur ce principe, un legs fait par une femme à la mère de son mari, a été déclaré nul par arrêt du 23 avril 1698, rapporté par Augeard (t. 1er, arrêt 151).

151. Un homme qui a vécu en concubinage ne peut rien léguer à sa concubine, si ce n'est des aliments [1].

152. Les bâtards incestueux ou adultérins, ne peuvent pareillement recevoir de leur père ou mère d'autres legs que des legs d'aliments [2].

A l'égard des bâtards ordinaires, ils sont capables de legs particuliers, quoique considérables et en propriété, mais ils sont incapables de dispositions universelles; et celles qui auraient été faites à leur profit, seraient réductibles à une certaine somme que le juge ordonnerait leur être délivrée en biens de la succession pour servir à leur établissement, laquelle somme peut être plus ou moins grande, selon les forces de la succession [3].

Il y a pourtant un arrêt dans Soefve, t. 1er, centurie 4, ch. 99, de 1665 (17 juillet) qui a confirmé une disposition universelle au profit d'un bâtard légitimé par lettres.

153. Quoique les domestiques ne soient pas incapables de recevoir des legs de leurs maîtres, et que ceux qui leur sont faits soient au contraire regardés comme très favorables; néanmoins, quelquefois les arrêts les réduisent, lorsqu'ils sont excessifs, selon les circonstances. Par arrêt du 11 août 1713, un legs universel fait à un valet de chambre, qui montait à plus de 50,000 livres, fut réduit à mille écus [4].

« serait point d'enfants ni descendants, « disposer en faveur de l'autre époux, « en propriété, de tout ce dont il pour- « rait disposer en faveur d'un étran- « ger, et, en outre, de l'usufruit de la « totalité de la portion dont la loi pro- « hibe la disposition au préjudice des « héritiers.—Et pour le cas où l'époux « donateur laisserait des enfants ou « descendants, il pourra donner à l'au- « tre époux, ou un quart en propriété « et un autre quart en usufruit, ou la « moitié de tous ses biens en usufruit « seulement. »

[1] Le Code n'a point renouvelé cette prohibition.

[2] *V.* Art. 762, C. civ.

Art. 762 : « Les dispositions des ar- « ticles 757 et 758 (qui règlent les droits « des enfants naturels) ne sont pas ap- « plicables aux enfants adultérins ou « incestueux.—La loi ne leur accorde « que des aliments. »

[3] *V.* Art. 908 et 757, C. civ.

Art. 908 : « Les enfants naturels ne « pourront, par donation entre-vifs ou « par testament, rien recevoir au delà « de ce qui leur est accordé au titre « *des Successions*. »

Art. 757 : « Le droit de l'enfant natu- « rel sur les biens de ses père ou mère « décédés, est réglé ainsi qu'il suit : « — Si le père ou la mère a laissé des « descendants légitimes, ce droit est « d'un tiers de la portion héréditaire « que l'enfant naturel aurait eue s'il « eût été légitime; il est de la moitié « lorsque les père ou mère ne lais- « sent pas de descendants, mais bien « des ascendants ou des frères ou sœurs; « il est des trois quarts lorsque les père « ou mère ne laissent ni descendants « ni ascendants, ni frères ni sœurs. »

[4] Une pareille décision ne pourrait avoir lieu aujourd'hui; le legs est valable ou nul.

ART. IV. — De l'incapacité qui résulte de la qualité d'héritier.

154. Par la nature même des choses, un héritier ne peut être grevé de legs envers lui-même, *hæredi à semetipso legari non potest.* C'est pourquoi, inutilement le testateur ferait-il un legs à celui qui est seul héritier du total de ses biens.

Par la même raison, le legs qui est fait à l'héritier en partie de quelques effets de la succession, n'est pas valable, si ce n'est pour les parts de ses cohéritiers, *hæredi à semetipso legari non potest, à cohærede potest.* L. 116, § 1, ff. *de leg.* 1°.

Tels sont aussi les principes du droit romain, et d'un très petit nombre de coutumes qui ont permis les *prélegs.*

155. Mais dans la plus grande partie du pays coutumier, et notamment dans les coutumes de Paris et d'Orléans, *nul ne peut être héritier et légataire*, parce que celui qui est héritier en partie, ne peut prélever sur la masse de la succession les sommes ni les choses qui lui sont léguées; mais il est obligé de les laisser dans cette masse, et de les conférer à ses cohéritiers [1].

Nous avons traité de cette incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, en notre *Traité des Successions* où je renvoie.

156. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans la plupart des coutumes, il n'y a que l'héritier qui accepte la succession qui ne peut être légataire; mais, si l'un de ceux qui sont appelés par la loi à la succession du testateur, renonce à sa succession, il peut demander le legs qui lui a été fait, comme le pourrait un étranger, quoique ce legs soit plus considérable que n'eût été sa portion héréditaire.

Mais dans certaines coutumes qu'on appelle *coutumes d'égalité*, on ne peut avantager par legs l'un de ses héritiers présomptifs plus que les autres, quand même il renoncerait à sa succession [2].

SECT. III.—De ceux qu'on peut grever.

157. Tous ceux à qui le testateur a laissé par sa mort ses biens, ou quelque chose de ses biens qu'il aurait pu ne leur pas laisser, peuvent être par lui grevés de legs et de fidéicommis. *Sciendum est eorum fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dùm eis datur, vel dùm eis non adimitur.* L. 1, § 6, ff. *de leg.* 3°.

Non-seulement donc, ceux qui succèdent aux biens du testateur, en vertu d'une volonté expresse du testateur par laquelle ils y sont appelés, peuvent être par lui grevés de legs; ceux que la loi appelle à la succession du testateur, peuvent pareillement l'être; car, quoique ce soit la loi qui leur défère la succession du défunt, on peut dire aussi que le défunt leur a laissé ses biens en tant qu'il ne les leur a pas ôtés, comme il eût pu le faire, *vel dùm eis non adimitur.*

Au contraire, ceux à qui le défunt ne laisse que leur légitime, ne peuvent être par lui grevés de legs; car, n'ayant pu leur rien ôter de ce qu'ils tiennent de la loi seule, on ne peut pas dire qu'ils tiennent rien de lui [3].

---

[1] Aujourd'hui il peut être légataire et héritier si le legs lui a été fait par préciput.

[2] *V.* art. 845, C. civ.

Art. 845 : « L'héritier qui renonce à « la succession, peut cependant retenir « le don entre-vifs, ou réclamer le legs « à lui fait, jusqu'à concurrence de la « portion disponible. »

[3] Les legs ne peuvent s'exécuter que sur la quotité disponible; la réserve légale doit demeurer intacte.

Je peux grever de legs l'héritier de mon héritier, ou de mon légataire, pourvu que je le grève en tant qu'héritier de mon héritier, ou de mon légataire.

CHAPITRE IV.

Des choses qui peuvent être léguées ou non, et jusqu'à quelle concurrence de ses biens peut-on disposer par testament ?

ART. Ier. — Des choses qui peuvent être léguées ou non.

§ I. *Exposition générale de ce qu'on peut léguer.*

158. Un testateur peut léguer ou l'universalité de ses biens, ou une quotité de cette universalité, comme *la moitié*, *le tiers*, *le vingtième*, etc., ou l'universalité d'une certaine espèce de biens, comme *ses meubles*, *ses acquêts*, ou une quotité de ces universalités, comme *le tiers de ses meubles*, *le quint de ses propres*, etc.

Il peut léguer, ou des corps certains, comme *une telle maison*, *un tel cheval*, *sa bibliothèque*, *sa garde-robe*, etc., ou des choses indéterminées, comme *un cheval*, *un bassin d'argent de tant de marcs*, ou une certaine somme d'argent, comme *une somme de* 10,000 *liv.*, ou une certaine quantité, comme *dix muids de blé*, *un tonneau de vin*, etc.

Il peut léguer, et les corps certains qui existent déjà lors du testament, et ceux qui n'existent pas encore, mais qui doivent exister, comme *le vin de la récolte qui se fera dans une telle maison de vignes après sa mort.*

§ II. *Du legs de la chose d'autrui, et de celle de l'héritier.*

159. On peut léguer non-seulement ses propres choses, mais celles de son héritier, et celles des personnes tierces, et l'héritier, ou autre personne qui a été chargée de ce legs, est tenu de l'acheter de celui à qui elle appartient, pour la donner au légataire, ou bien de lui en donner le prix, au cas auquel celui à qui elle appartient ne voudrait pas la vendre.

160. Observez que le legs d'une chose qui appartient à un tiers, n'est ordinairement valable que lorsque le testateur paraît avoir su que la chose ne lui appartenait pas, comme par exemple, si cette chose n'était pas en sa possession ; mais lorsqu'il a cru que la chose d'autrui qu'il a léguée était à lui, comme dans le cas auquel il en aurait été en possession, le legs n'est pas valable, parce qu'on présume qu'il ne l'aurait pas léguée, s'il eût su qu'elle ne lui appartenait pas, *cum nemo facilè presumatur hæredem suum redemptione rei alienæ onerare velle* [1].

En cela le legs de la chose qui appartient à un tiers, est différent du legs de celle qui appartient à l'héritier ou autre personne qui a été elle-même grevée du legs ; car à l'égard du legs de celle-ci, les jurisconsultes décident indistinctement qu'il est valable, soit que le testateur ait su qu'elle ne lui appartenait pas, soit qu'il ait cru qu'elle lui appartenait ; car en ce cas *nullà redemptione oneratur hæres.*

---

[1] *V.* art. 1021, C. civ.

Art. 1021 : « Lorsque le testateur « aura légué la chose d'autrui, le legs « sera nul, soit que le testateur ait « connu ou non qu'elle ne lui appar- « tenait pas. »

161. Quelquefois même, le legs de la chose d'un tiers est valable, quoique le testateur, en la léguant, ait cru léguer sa propre chose; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur aurait fait un autre legs équipollent au légataire, s'il ne lui avait pas légué cette chose. Par exemple, un testateur a deux parents au même degré, il fait l'un des deux son légataire universel, et donne à l'autre une maison dont il était en possession, et qu'il ignorait appartenir à un autre qu'à lui, le legs de cette maison doit être valable, parce que ce légataire étant son héritier présomptif au même degré que celui qu'il a fait son légataire universel, la présomption est que le testateur a voulu qu'il eût quelque chose de ses biens, et que, s'il eût su que cette maison qu'il lui a léguée ne lui appartenait pas, il lui aurait légué quelque autre chose.—Un autre exemple : Je suppose que c'est à son bâtard que le testateur a légué l'usufruit d'un héritage qu'il croyait faussement lui appartenir pour lui tenir lieu d'aliments, ce legs est valable, car la présomption est que le testateur aurait légué d'ailleurs des aliments à son bâtard.

162. Puisqu'on peut léguer la chose d'autrui, il s'ensuit que le testateur qui est propriétaire d'une chose en commun avec une autre personne, peut léguer cette chose entière; mais dans le doute, *s'il a voulu léguer la chose entière, ou seulement la part qu'il y avait*, on doit présumer plutôt qu'il n'a voulu léguer que sa part.

Lorsqu'il s'est servi du pronom *mon*, *ma*, il est hors de doute qu'il n'a légué que sa part; comme lorsqu'il s'est exprimé ainsi : *Je lègue à un tel ma maison de la Croix-Blanche ;* car le pronom *ma* restreint le legs à la portion qu'il avait dans cette maison. L. 5, § 2, ff. *de Leg.* 1°.

Il y a plus, si le testateur était propriétaire à la vérité du total de la maison, mais qu'il en dût à un tiers la restitution d'une partie, il serait censé n'avoir légué que l'autre partie qu'il pouvait conserver. L. 30, § 4, ff. *de Leg.* 3°.

163. *Quid*, s'il s'était ainsi exprimé : *Je lègue à un tel la maison de la Croix-Blanche ?* La question est controversée entre les interprètes, si le legs doit être présumé du total, ou seulement de la portion qu'avait le testateur. La raison pour prétendre qu'il est de la maison entière, est que le testateur ne l'a point restreint à sa portion en se servant du pronom *ma*, et qu'ordinairement l'appellation indéfinie d'une chose désigne la chose entière; la raison, pour décider au contraire qu'il n'est que de la portion qui appartient au testateur, se tire du principe posé ci-dessus, qu'on doit dans le doute présumer que le testateur n'a voulu léguer que ce qui était à lui [1].

164. Lorsque la chose léguée n'appartenait qu'imparfaitement au testateur, il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avait, et n'avoir légué la chose que telle qu'il l'avait; par exemple, s'il n'avait que la seigneurie utile d'une maison, il est censé, en la léguant, n'avoir légué que la seigneurie utile. L. 71, § 1, ff. *de Leg.* 1°.

§ III. *De la chose du légataire.*

165. Si la chose léguée appartenait déjà au donataire, le legs qui lui en est fait n'est pas valable, ne pouvant avoir aucun effet, *cùm id quod meum est, non possit ampliùs fieri meum.*

Il est même décidé par les lois romaines qu'un tel legs, lorsqu'il a été fait purement et simplement, ne deviendrait pas valable, quand même, depuis le testament, la chose léguée aurait cessé d'appartenir au légataire, ce qui est fondé sur la règle de Caton, *quod ab initio vitiosum et tractu temporis convalescere non potest* [2].

---

[1] Il n'y aurait pas de doute aujourd'hui (Art. 1021). *V.* note précédente.

[2] Cette règle catoniène ne nous paraît pas très fondée en raison : et dans

Cette règle que nous venons de proposer, *que le legs de la chose qui appartient déjà au légataire n'est pas valable*, n'a lieu que lorsque la chose lui appartient parfaitement, *pleno jure*, et à titre lucratif.

166. Que si légataire n'était propriétaire qu'imparfaitement de la chose qui lui a été léguée, le legs sera valable à l'effet que celui qui en est chargé, soit tenu de faire avoir au légataire ce qui lui manque par rapport à cette chose, ou qu'il lui en paie l'estimation, s'il ne peut la lui faire avoir. Par exemple, si le légataire n'avait que la nue propriété de la chose qui lui a été léguée, l'héritier sera tenu de racheter l'usufruit, pour faire avoir au légataire la pleine propriété; et si celui à qui cet usufruit appartient ne veut pas le vendre, l'héritier sera tenu de payer au légataire l'estimation de cet usufruit qui lui manque en la chose léguée.

167. Si le légataire était propriétaire de la chose qui lui a été léguée, mais qu'il l'eût donnée en nantissement, l'héritier sera tenu de la dégager, pour faire avoir au légataire la possession de cette chose qui lui manquait [1]. L. 86, ff. *de Leg.* 1°.

168. Pareillement, si le légataire n'avait qu'une propriété résoluble et sujette à éviction, *putà* si le légataire était propriétaire de la chose, avec charge de substitution, dans le cas d'une certaine condition, l'héritier sera tenu de le rendre propriétaire incommutable, en rachetant le droit du substitué, lorsqu'il y aura ouverture à la substitution, ou d'en payer l'estimation au légataire [2]. L. 39, § 2; L. 82, *ppio.*, et § 2, ff, *de Leg.* 1°.

169. Lorsque le légataire n'était pas propriétaire à titre lucratif de la chose qui lui a été léguée, le legs qui lui en a été fait est encore valable, à l'effet que l'héritier chargé du legs soit tenu lui rendre le prix qu'il lui en coûte pour en devenir le propriétaire [3]. L. 34, § 7, ff. *de Leg.* 1° *et passim tit. de Leg. in Pand. Justinian.*, n°s 131, 132. *Nec enim videtur perfectè cujusque id esse cujus ei pretium abest.*, *ibid.* n° 131.

§ IV. *Des choses hors le commerce.*

170. Il est évident que le legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce n'est pas valable, tel que serait le legs d'*une place publique*, d'*un cimetière*, d'*une église*, d'*un prieuré*, d'*un canonicat*.

171. Le legs d'*une compagnie de cavalerie*, d'*un office d'écuyer du roi*, etc., paraîtrait aussi nul, ces offices étant des choses qui ne sont pas dans le commerce. Néanmoins, comme les personnes qui ont les qualités pour obtenir ces offices, en obtiennent l'agrément moyennant une somme d'argent qu'on

---

le cas où l'objet du legs se trouverait dans les biens du testateur au jour de son décès, nous ne voyons pas pourquoi le legs n'obtiendrait pas son effet.

[1] Cette obligation de dégager la chose de l'usufruit dont elle est chargée, ou de l'hypothèque dont elle est affectée, peut être expressément imposée à l'héritier qui doit acquitter le legs: l'article 1020 le permet, dans la supposition du moins que la chose appartenait au testateur :

Art. 1020 : « Si, avant le testament « ou depuis, la chose léguée a été hy- « pothéquée pour une dette de la suc- « cession, ou même pour la dette d'un « tiers, ou si elle est grevée d'un usu- « fruit, celui qui doit acquitter le legs « n'est point tenu de la dégager, à moins « qu'il n'ait été chargé de le faire par « une disposition expresse du testa- « teur. »

[2] Il est probable qu'on verrait dans cette disposition le legs de la chose d'autrui, et comme tel il serait non valable (art. 1020, C. civ.) *V.* la note précédente.

[3] Pour le décider ainsi aujourd'hui, il faudrait une disposition très expresse du testateur

donne à celui qui s'en démet, ne pourrait-on pas dire qu'un tel legs, fait à une personne de qualité à obtenir ces offices, peut être valable, non comme étant le legs de l'office, qui étant chose hors de commerce, ne peut être l'objet d'un legs, mais comme étant dans l'intention du testateur, plutôt que selon les termes dont il s'est servi, le legs de la somme d'argent nécessaire pour en obtenir l'agrément [1].

172. Les legs de matériaux, unis à des édifices, n'étaient pas valables par le droit romain, parce qu'un sénatus-consulte en avait interdit le commerce ; n'ayant point dans notre droit aucune loi qui l'interdise, le legs de ces choses doit être valable ; mais si ces matériaux légués ne pouvaient être séparés sans dommage, il est de l'équité que l'héritier, chargé du legs, soit recevable à payer au légataire l'estimation à la place de la chose.

173. Il ne faut pas mettre sur cette matière, au rang des choses qui sont hors le commerce, les héritages qui appartiennent à l'Eglise, ou aux mineurs ; car il suffit que ces héritages puissent être aliénés en certains cas, et avec certaines formalités, pour qu'ils soient regardés comme n'étant pas absolument hors du commerce, et comme susceptibles d'estimation, ce qui suffit pour que le legs en soit valable, à l'effet que l'héritier grevé du legs soit tenu, faute de pouvoir acquérir la chose, d'en payer au légataire l'estimation [2].

174. A l'égard des biens du domaine du prince, ils sont absolument hors le commerce, et le legs qui serait fait de quelqu'un de ces biens ne serait pas valable. *Arg.*, L. 39, § *fin.* ff. de *Leg.* 1°.

175. Non-seulement le legs des choses qui sont hors du commerce général n'est pas valable, le legs de celles qui sont dans le commerce général, mais dont le commerce est par une autre loi particulière interdit à la personne du légataire, ne l'est pas non plus ; c'est pour cette raison que l'édit de 1749 déclare nuls les legs d'héritages faits à des gens de main morte.

§ V. *Des choses qui s'éteignent par la mort du testateur.*

176. Il est évident que le legs des choses qui sont de nature à s'éteindre par la mort du testateur, ne peut être valable, tel que serait le legs d'un droit d'usufruit qui appartiendrait au testateur. L. 24, § 1, ff. *de Leg.* 1°

§ VI. *Des Legs* in faciendo.

177. Il nous reste à observer que non-seulement les choses peuvent faire l'objet des legs, mais aussi les faits ; un testateur peut charger son héritier, ou toute autre personne qu'il peut grever du legs, *de faire telle chose,* ou *de s'abstenir de faire telle chose en la considération d'une telle personne qui y a intérêt ;* par exemple, c'est un legs valable fait à Pierre, lorsque *je charge mon héritier de blanchir le mur de sa maison, qui est vis-à-vis de celle de Pierre, pour donner du jour à la sienne,* et pareillement celui par lequel je chargerais *mon héritier de ne point louer à des serruriers ou autres ouvriers, sa maison voisine de celle où loge Pierre, tant que Pierre y demeurera.*

Pour que le legs d'un fait soit valable, il faut que le legs soit possible, licite, et que le légataire y ait intérêt.

ART. II. — Jusqu'à quelle concurrence peut-on léguer ?

178. Par le droit romain, un testateur dispose de tous ses biens par l'institution d'héritier, mais il n'en peut disposer que des trois quarts par legs parti-

[1] Cette question ne peut plus se présenter.

[2] Ce serait aujourd'hui le legs de la chose d'autrui ; la disposition ne serait pas valable. (Art. 1021, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 269, note 1.)

culiers, ni même par fidéicommis universel, l'héritier ayant le droit de retenir la quarte falcidie vis-à-vis des légataires, et la quarte trebellianique vis-à-vis des fidéicommissaires universels.

179. A l'égard du droit coutumier, les coutumes sont fort partagées sur la quantité des biens dont on peut disposer par testament [1].

La coutume de Berry ne distingue point les propres des autres biens, et ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer; plusieurs coutumes ne permettent de disposer que d'une partie de ses biens, sans distinguer les propres des autres, et elles fixent différemment cette portion, les unes au quart, d'autres au tiers; celle de Bourgogne aux deux tiers; le plus grand nombre de coutumes permet de disposer par testament de tous ses meubles et acquêts, mais ne permet de disposer que d'une portion des propres.

Elles diffèrent encore en ce que les unes permettent de disposer des meubles et acquêts en total, soit que le testateur ait des propres ou non; quelques autres au contraire subrogent les acquêts aux propres, lorsque le testateur n'a point laissé de propres, et même les meubles aux propres et aux acquêts, lorsque le testateur n'a laissé ni propres ni acquêts, et ne permettent en ces cas d'en léguer que la même portion qu'il aurait pu léguer des propres, s'il en eût eu.

Les coutumes fixent aussi différemment la portion dont on peut disposer des propres; les unes la fixent à la moitié, les autres au tiers, les autres au quart, les autres au quint; il y en a qui distinguent entre les propres féodaux et les autres propres, en ne permettant de disposer que du quint des propres tenus en fief, et permettant de disposer du quart, du tiers, de la moitié des autres.

180. Il y a des coutumes qui, en restreignant le pouvoir de disposer des propres, quant à la propriété, à une certaine portion, permettent néanmoins de disposer du total, quant à l'usufruit, ou permettent de disposer, les unes, de trois années, les autres, d'une année du revenu desdits propres.

Celles de Paris et d'Orléans, qui sont les seules auxquelles nous nous attachons, qui sont en ce point suivies d'un très grand nombre de coutumes, per-

---

[1] Notre Code ne fait aucune distinction entre les propres et les acquêts, et peu importe que la disposition soit faite par donation entre-vifs ou par testament, la quotité disponible est la même, elle est déterminée par les articles 913, 914, 915 et 916, C. civ.

Art. 913: « Les libéralités, soit par « acte entre-vifs, soit par testament, « ne pourront excéder la moitié des « biens du disposant, s'il ne laisse à son « décès qu'un enfant légitime; le tiers, « s'il laisse deux enfants; le quart, s'il « en laisse trois ou un plus grand nom- « bre. »

Art. 914: « Sont compris dans l'ar- « ticle précédent, sous le nom d'*en-* « *fants*, les descendants en quelque « degré que ce soit: néanmoins ils ne « sont comptés que pour l'enfant qu'ils « représentent dans la succession du « disposant. »

Art. 915: « Les libéralités, par actes « entre-vifs ou par testament, ne pour- « ront excéder la moitié des biens, si, « à défaut d'enfant, le défunt laisse un « ou plusieurs ascendants dans cha- « cune des lignes paternelle et mater- « nelle; et les trois quarts, s'il ne « laisse d'ascendants que dans une « ligne.—Les biens ainsi réservés au « profit des ascendants, seront par eux « recueillis dans l'ordre où la loi les « appelle à succéder; ils auront seuls « droit à cette réserve, dans tous les « cas où un partage en concurrence « avec des collatéraux ne leur donne- « rait pas la quotité de biens à laquelle « elle est fixée. »

Art. 916: « A défaut d'ascendants « et de descendants, les libéralités par « acte entre-vifs ou testamentaires « pourront épuiser la totalité des « biens. »

mettent de disposer par testament de tous les meubles et acquêts, et du quint des propres, *et non plus avant.*

§ Ier. *Quels sont les biens jusqu'à concurrence desquels nos coutumes permettent de disposer par testament?*

181. Les biens jusqu'à concurrence desquels il est permis à quelqu'un de tester, sont ceux qui lui appartenaient à son décès, et qu'il laisse dans sa succession; les légataires ne peuvent rien prétendre sur ceux qu'il avait donnés entre-vifs à quelqu'un de ses enfants, quoique le donataire, qui se porte héritier, les rapporte à la succession; car ce rapport ne se fait qu'en faveur de ses cohéritiers; ce n'est que vis-à vis d'eux que ces propres rapportés à la succession, sont mis dans la masse des biens de la succession; mais vis-à-vis des légataires, qui ne doivent point profiter de ce rapport, qui n'est pas fait pour eux, ils n'en font pas partie [1].

§ II. *Quels sont les propres dont nos coutumes réservent les quatre quints à l'héritier?*

182. Les propres dont nos coutumes réservent à l'héritier les quatre quints, sont les *propres réels.*

Nous avons expliqué en notre *Traité de la Division des biens,* quels étaient ces propres réels; nous y renvoyons. — Nous observerons que non-seulement les héritages, mais aussi les rentes constituées dans les coutumes qui les réputent immeubles, et même les offices vénaux, sont susceptibles de la qualité de *propres de disposition.*

183. A l'égard des *propres fictifs,* c'est-à-dire du remploi des propres des mineurs, qui, par les art. 351 de Paris et d'Orléans, est réputé propre dans leur succession, et des propres conventionnels, ces propres ne sont point réputés pour tels en cette matière, à moins que la convention qui forme le propre conventionnel, ne contienne une extension expresse au cas de la disposition, comme lorsqu'une femme a stipulé propre une certaine somme à ceux du côté et ligne, en ces termes : *quant à tous effets, même quant à la disposition.*

184. Lorsqu'une personne a, par contrat de mariage, ameubli un de ses propres réels, cet ameublissement n'empêche pas que cet héritage, pour ce qui en demeure dans la succession de cette personne qui a fait l'ameublissement, soit sujet à la réserve des quatre quints, comme s'il n avait point été ameubli; car l'ameublissement n'a d'effet que vis-à-vis l'autre conjoint, et n'ôte point à l'héritage ameubli la qualité de propre qu'il a.

§ III. *Sont-ce les quatre quints de chaque propre, ou du total des propres, que la coutume réserve aux héritiers?*

185. Ce sont les quatre quints de l'universalité des propres du défunt, et non pas les quatre quints de chaque héritage propre que nos coutumes réservent à l'héritier; c'est pourquoi si on a légué à quelqu'un un certain héritage propre, l'héritier n'en peut rien retenir, si cet héritage n'excède pas en valeur la cinquième partie du montant de tous les propres.

186. Lorsque le défunt a laissé des propres situés en différentes coutumes, par exemple, s'il a laissé des propres situés dans la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingts et tant de mille livres, et qu'il ait laissé dans la coutume d'Orléans des propres de valeur de 20,000 livres, qu'il ait légué les propres si-

[1] *V.* art. 857, C. civ., qui consacre le même principe.

Art. 857 : « Le rapport n'est dû que « par le cohéritier à son cohéritier; il « n'est pas dû aux légataires ni aux « créanciers de la succession. »

tués en la coutume d'Orléans en entier, l'héritier pourra-t-il retenir les quatre quints de ces propres? Le légataire lui opposera qu'il est rempli des quatre quints que les coutumes de Paris et d'Orléans lui réservent dans le total des propres de la succession par les propres situés en la coutume de Paris, de valeur de quatre-vingts et tant de mille livres, qui fait plus des quatre quints de la valeur du total des propres de la succession. L'héritier réplique que les coutumes de Paris et d'Orléans lui déférant indépendamment l'une de l'autre la succession des biens situés dans leur territoire, chacune de ces coutumes lui réserve les quatre quints des propres situés dans son territoire; ce ne sont donc point les quatre quints des propres situés dans les différentes coutumes qui lui sont réservés; car il faudrait pour cela qu'il y eût une loi générale qui eût empire sur tous les territoires, qui le lui réservât, et il n'y en a point, les quatre quints des propres situés en la coutume d'Orléans sont donc véritablement réservés à l'héritier séparément, et indépendamment des propres situés en la coutume de Paris, que la coutume de Paris lui réserve; il peut donc les retenir et retrancher sur le legs de tous les propres situés en la coutume d'Orléans qui a été fait au légataire

187. Il reste une question : doit-il, pour retenir les quatre quints des propres situés à Orléans, offrir d'abandonner le quint de ceux situés à Paris, qui n'est pas légué? Nous traiterons cette question au § 5 où je renvoie.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés dans une même coutume, mais affectés à différentes lignes, *putà* des propres paternels et des propres maternels, sont-ce les quatre quints de l'universalité générale de tous ces propres, ou les quatre quints des propres de chaque ligne qui sont réservés à l'héritier? Par exemple, si le défunt avait pour quatre-vingts et tant de mille livres de propres paternels, et pour 20,000 livres seulement de propres maternels, et qu'il eût légué les propres maternels en entier, l'héritier aux propres maternels pourrait-il en retenir les quatre quints?

La raison de douter est que la coutume permet en général et indistinctement de disposer du quint de ses propres, *non plus avant*, d'où il semble suivre que, dans cette espèce, le legs n'excédant pas le quint de tous les propres du testateur, il ne peut souffrir de retranchement; néanmoins je pense que l'héritier maternel peut, en ce cas, retenir les quatre quints des propres de cette ligne; la coutume ayant eu pour motif de conserver les biens dans les familles, elle a dû avoir en vue l'intérêt de chaque famille, et par conséquent son esprit est, non de réserver les quatre quints des propres en général, mais de réserver à chaque famille les quatre quints des propres qui lui sont affectés. Lalande est d'avis contraire, et il s'appuie sur un arrêt rapporté par Charondas; mais il ne paraît pas que cet arrêt soit suivi, puisque Lebrun, Duplessis, Renusson, sont du sentiment que nous tenons.

Le légataire, en ce cas, doit-il être indemnisé sur les biens disponibles auxquels succèdent les héritiers paternels, du retranchement qu'ils souffrent de la part des maternels[1]? Nous traiterons cette question ci-après au § 5.

§ IV. *En faveur de quel héritier la réserve des quatre quints est-elle faite?*

188. C'est aux hériters du côté et ligne d'où les propres procèdent, que nos coutumes réservent les quatre quints des propres; c'est pourquoi s'il ne se trouvait aucun parent du défunt qui fût parent du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, et qu'en conséquence les plus proches parents du défunt fussent héritiers de ces biens, non comme de biens propres, mais comme de biens ordinaires, il n'y aurait pas lieu à la réserve coutumière, et les legs que le défunt aurait faits seraient valables, non-seulement jusqu'à la concurrence

[1] Toutes ces questions sont absolument étrangères à la nouvelle législation.

du quint, mais jusqu'à la concurrence du total de ces propres, qui ne différeraient point en ce cas des biens ordinaires; à plus forte raison cette décision doit-elle avoir lieu, lorsqu'à défaut de parents, la succession est déférée ou à la veuve du défunt, ou au mari de la défunte, ou au fisc.

Observez que la réserve des quatre quints des propres est faite aux héritiers de la ligne en leur qualité d'héritiers; c'est pourquoi les plus proches parents de la ligne n'y peuvent avoir aucune part, s'ils ne se portent héritiers du défunt.

189. Si donc une personne ayant pour ses héritiers aux propres deux parents de la ligne au même degré, fait l'un d'eux son légataire universel, ce légataire universel, qui renoncera à la succession pour se tenir à son legs, ne pourra rien prétendre dans les quatre quints des propres qui appartiendront à l'autre parent seul qui se sera porté héritier.

En cela la *légitime coutumière* est différente de la *légitime de droit;* celle-ci est accordée aux enfants, principalement en leur qualité d'enfants; c'est pourquoi de deux enfants dont l'un est héritier, l'autre légataire, l'enfant héritier n'a que sa part dans la légitime de droit, l'enfant légataire est compté, et prend sa légitime dans ce qui lui est légué, mais la légitime coutumière est accordée à l'héritier, en sa qualité d'héritier; c'est pourquoi elle appartient en entier à ceux seulement qui ont pris la qualité d'héritier [1].

§ V. *De l'effet de la réserve.*

190. Lorsque l'héritier se croit grevé de legs au delà de la valeur des biens dont la coutume permet de disposer, il lui est permis de se décharger entièrement du legs, en abandonnant aux légataires les biens disponibles; c'est-à-dire les meubles, les acquêts, et le quint des propres [2].

191. Ce que l'héritier qui fait l'abandon devait au défunt, doit-il être compris dans cet abandon? La raison de douter pouvait être que cette créance qu'avait le défunt contre son héritier ayant été éteinte par la confusion qui s'en est faite, elle n'existe plus, et ne peut plus par conséquent être abandonnée; mais l'avantage de la libération de cette dette que l'héritier a ressenti en devenant l'héritier de son créancier, est un avantage subsistant que l'héritier a retiré de la succession, lequel doit faire partie de l'abandon [3]. L'héritier qui fait cet abandon, doit aussi compter de tous les fruits qu'il a perçus des biens disponibles: c'est-à-dire, des fruits des acquêts et du cinquième du fruit des propres, *nam fructus augent hæreditatem* [4].

---

[1] Notre réserve actuelle a le même fondement que la *légitime de droit*: mais il nous paraît cependant difficile d'admettre que l'enfant légataire ou donataire, qui renonce à la succession, qui par cette renonciation devient étranger à cette même succession, puisse invoquer une réserve, ou même que sa personne doive être comptée pour déterminer quelle sera, dans cette succession, la fraction disponible, et la fraction réservée aux enfants.

[2] *V.* art. 920, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 243, note 1.

[3] Il ne peut être douteux que pour calculer la quotité disponible, il ne faille faire entrer dans la masse des biens ce que l'héritier devait au défunt.

[4] On doit estimer les biens suivant leur valeur au jour du décès; et l'héritier n'est comptable des fruits du legs que du jour de la demande en délivrance: la maxime *fructus augent hæreditatem,* loin d'être reproduite par le Code civil, paraît au contraire inconciliable avec l'article 138, C. civ.

Art. 138: « Tant que l'absent ne se
« représentera pas, ou que les actions
« ne seront point exercées de son chef,
« ceux qui auront recueilli la succes-
« sion, gagneront les fruits par eux
« perçus de bonne foi. »

192. L'héritier qui ayant connaissance du testament, aurait disposé d'une partie du mobilier, sans faire aucun inventaire, pourrait n'être pas reçu à faire cet abandon, et être condamné à payer tous les legs particuliers, faute de pouvoir constater, comme il l'aurait dû, le montant du mobilier de la succession, dont il offre faire l'abandon; on peut, pour le décider, tirer argument de la constitution de Justinien, qui dénie la falcidie à l'héritier qui a manqué de faire inventaire.

Que si l'héritier avait disposé du mobilier, sans faire inventaire avant que d'avoir connaissance du testament, je ne pense pas qu'on pût lui reprocher qu'il n'a point fait d'inventaire; il serait recevable dans ses offres de compter aux légataires du prix des choses dont il avait disposé, sauf aux légataires à justifier les omissions.

193. A l'égard de l'héritier qui ne succède qu'aux propres, n'ayant à abandonner que la cinquième partie des propres, il est évident qu'il n'est pas besoin d'aucun inventaire pour cet abandon.

Sur les biens abandonnés par l'héritier aux légataires pour l'acquittement des legs, il faut prendre de quoi payer une portion des dettes de la succession proportionnée à la raison dans laquelle sont ces biens abandonnés avec le total de la succession; par exemple, si le total des biens monte à 36,000 livres, et que les disponibles qu'on abandonne aux légataires, montent à 24,000 livres, qui font les deux tiers des 36,000 livres, il faudra prendre sur ces 24,000 livres abandonnées aux légataires les deux tiers des dettes, frais funéraires et autres charges de la succession. *Nec obstat*, que les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes de la succession; car il est vrai qu'ils n'en sont pas tenus directement, et par leurs qualités de légataires particuliers, et qu'en conséquence, s'il y avait dans les biens disponibles de quoi acquitter entièrement tant les dettes que les legs, les légataires particuliers percevraient leurs legs, sans aucune diminution, sans rien porter des dettes; mais les biens disponibles que l'héritier abandonne pour l'acquittement des legs renfermant, en tant que *biens*, la charge et déduction des dettes, suivant cette règle, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno;* les légataires ne peuvent être payés que sur le surplus qui reste de ces biens, après que la portion de ces dettes dont ces biens disponibles sont tenus, aura été acquittée; d'où il arrive que, si le surplus qui restera n'est pas suffisant pour acquitter tous les legs, les légataires souffrent indirectement des dettes[1].

194. On doit retenir et déduire sur les biens disponibles abandonnés par l'héritier, non-seulement ce qui est dû à des tiers, pour la part que ces biens en doivent porter, mais même ce que le défunt devait à l'héritier qui fait l'abandon pour la part que lesdits biens en doivent porter; l'héritier qui en était le créancier, en faisant sur lui-même confusion de cette dette, l'a par cette confusion acquittée en entier à ses dépens, et a libéré les biens disponibles de la part que lesdits biens en devaient porter, et il en doit par conséquent être indemnisé sur lesdits biens pour ladite part, comme il le serait des dettes qu'il aurait payées en entier à des tiers à qui elles étaient dues.

195. Lorsqu'il y a des dettes conditionnelles dont la condition est encore pendante, ou des dettes contestées, il n'y a rien à retenir pour raison desdites dettes, puisqu'il n'est pas certain qu'il soit rien dû; mais l'héritier peut demander que les légataires auxquels il fait l'abandon lui donnent caution de rapporter la part dont les biens abandonnés doivent être tenus desdites dettes, si la condition existe, ou qu'il soit jugé qu'elles soient dues; et faute de donner cette caution, on doit laisser en dépôt la somme à laquelle pourra monter cette part.

---

[1] Il faudrait procéder de même aujourd'hui et par la même raison.

196. Lorsque depuis l'abandon, des dettes qui n'étaient pas connues sont apparues, que l'héritier a été obligé de payer en entier, l'héritier a action contre les légataires pour répéter contre eux la part que les biens disponibles abandonnés doivent porter de ces dettes. Cette action est celle qu'on nomme en droit *condictio indebiti*, qui a lieu lorsque quelqu'un a payé plus qu'il ne devait; car l'héritier, en faisant son abandon, sans retenir cette somme qu'il avait droit de retenir, et qu'il aurait retenue, si ces dettes eussent été pour lors connues, se trouve avoir payé aux légataires plus qu'il ne devait.

197. Chacun des légataires est tenu de cette action à proportion de ce qu'il a eu pour sa part dans les biens abandonnés.

Après qu'on a déduit et prélevé sur les biens disponibles la somme à laquelle monte la part que ces biens doivent porter des dettes et autres charges de la succession, ce qui en reste doit se partager entre tous les légataires particuliers au prorata et au marc la livre de leurs legs; s'il ne se trouve pas de quoi acquitter tous les legs, chaque legs souffrira diminution à proportion de ce qui manque pour l'acquittement du total[1].

198. Les legs faits à des hôpitaux, ceux faits pour des prières et autres legs pieux n'ont aucun privilége dans cette contribution; cela a été jugé il y a fort longtemps contre l'Hôtel-Dieu d'Orléans.

199. C'est une question si les légataires de corps certains qui se trouvent en nature parmi les biens abandonnés, doivent entrer dans cette contribution avec les légataires de sommes d'argent ou de choses indéterminées, et souffrir dans leurs legs la même diminution que souffriront les autres légataires, ou s'ils doivent prendre le corps certain qui leur est légué, sans entrer dans aucune contribution avec les autres legs?

En faveur de la contribution, on cite la loi 56, § 4, ff. *ad Leg. falc.* qui décide nettement que le legs d'un corps certain et le legs d'une somme d'argent souffrent l'un et l'autre un semblable retranchement pour la falcidie; on ajoute que le testateur ayant également voulu que les légataires d'une somme d'argent eussent la somme entière qu'il leur a léguée, comme il a voulu que les légataires de corps certains eussent les corps certains entiers qu'il leur a légués; la condition des uns et des autres qui ont en leur faveur une égale volonté du testateur, doit être égale, et ils doivent par conséquent souffrir un égal retranchement dans leurs legs, lorsque la volonté du testateur ne peut pas s'accomplir en entier.

200. D'un autre côté, pour le sentiment contraire, on dit que le testateur a, en mourant, transféré la propriété des corps certains qu'il a légués, aux légataires auxquels il les a légués, suivant les principes que nous verrons *infrà*, ch. 2; ces légataires ont donc droit de se faire délivrer la possession des choses qui leur appartiennent, les dettes de la succession étant une charge de l'universalité des biens, et non de ces corps certains que le testateur en a distraits pour les léguer, suivant cette maxime: *æs alienum universi partrimonii, non singularum onus est.* Les légataires de ces corps certains ne peuvent être tenus des dettes, tant qu'il y a dans l'universalité des biens disponibles de quoi acquitter la part des dettes dont cette universalité est tenue. Ces légataires de corps certains n'ayant rien de commun avec les autres légataires dont les legs doivent être acquittés sur ce qui restera de l'universalité des biens disponibles, il n'y a aucune raison qui puisse obliger ces légataires de corps certains à venir

---

[1] *V.* art. 926, C. civ.

Art. 926: « Lorsque les dispositions « testamentaires excéderont, soit la « quotité disponible, soit la portion de « cette quotité qui resterait après avoir « déduit la valeur des donations en- « tre-vifs, la réduction sera faite au « marc le franc, sans aucune distinc- « tion entre les legs universels et les « legs particuliers. »

en contribution avec les légataires particuliers de sommes d'argent et autres dont les legs sont payables sur l'universalité des biens disponibles, puisque ces légataires de corps certains n'ont rien à prendre dans cette universalité, étant légataires de choses que le testateur en a distraites et séparées en les leur léguant.

A l'égard de ce qui a été allégué ci-dessus en faveur de la contribution, la réponse est que l'argument tiré de la loi falcidienne n'a ici aucune application; la quarte falcidienne était la quarte de tous les biens que le testateur délaissait lors de sa mort; lorsque ces biens se trouvaient épuisés par les legs, l'héritier avait droit de retenir sa quarte dans tout ce qui composait les biens de la succession; il était propriétaire par indivis pour un quart des coprs certains qui avaient été légués, avec les légataires, qui, au moyen de la falcidienne, n'en étaient proprétaires que pour les trois autres quarts; c'est pourquoi la falcidienne s'exerce également sur les legs de corps certains comme sur les autres; mais dans notre droit coutumier, la légitime que nos coutumes accordent à l'héritier, consistant dans les quatre quints des propres seulement, et ne s'étendant point aux autres biens, les lois qui concernent la falcidienne n'ont aucune application.

A l'égard de l'autre objection, la réponse est que le testateur, en n'assignant aucun corps certain de ses biens aux légataires de sommes d'argent et de choses indéterminées, a voulu qu'ils fussent payés sur ce qui resterait de l'universalité des biens disponibles, après qu'on en aurait distrait les corps certains dont il avait spécialement disposé. Cette volonté renferme tacitement la condition, « si et autant qu'il se trouvera dans lesdits biens de quoi les acquitter, » et en cela ces legs diffèrent de ceux des corps certains qui ne renferment point une pareille condition, mais qui sont sujets à s'éteindre, si le corps certain qui en fait l'objet venait à périr. Ce dernier sentiment qui n'assujettit point les légataires de corps certains à la contribution, me paraît le plus probable; c'est celui de Duplessis[1] (*Des Testaments*, ch. 1er, sect. 6).

201. Lorsque le testateur a légué certains héritages propres qui font plus que le quint de ses propres, c'est une grande question si, pour pouvoir retenir sur les propres légués l'excédant du quint que les coutumes lui permettent de léguer, l'héritier est obligé d'abandonner au légataire tous les biens disponibles auxquelsil succède? Pour la négative, on allègue ce brocard de droit: *Voluit quod non potuit, noluit quod potuit.* L'héritier peut retenir l'excédant du quint des propres, parce que le testateur, en le léguant, a voulu ce qu'il ne pouvait, *voluit quod non potuit;* mais il n'est pas obligé, dit-on, d'abandonner à la place au légataire, les biens disponibles; car on ne peut pas dire qu'il ait voulu les lui léguer, *noluit quod potuit*, et par conséquent le légataire ne peut pas les prétendre.

202. On ajoute qu'un testateur peut bien, à la vérité léguer les choses d'autrui, et celles qui appartiennent à son héritier, mais qu'il ne peut pas léguer celles dont le legs est spécialement défendu : or, dit-on, tel est l'excédant du quint des propres, puisque nos coutumes disent absolument, *peut tester de ses meubles et acquêts et quint des propres, et non plus avant.* On ajoute que, suivant la Constitution de Justinien, en la loi 36, Cod. *de Inoff. test.*, suivie parmi nous, lorsque quelqu'un a légué l'usufruit de tous ses biens, l'enfant qui retient la propriété de la portion des biens qui lui est due pour sa légitime, n'est pas obligé, pour retenir l'usufruit de cette portion, d'abandonner

---

[1] L'article 926 (*V.* la note précédente) n'accorde aucune préférence aux légataires de corps certains: et les legs, quels qu'ils soient, ne doivent s'exécuter que sur la quotité disponible, qui est, comme la quarte falcidie, une fraction de tous les biens que le testateur délaisse lors de sa mort.

au légataire, à la place de cet usufruit qu'il lui ôte, la propriété de l'autre portion des biens que le testateur aurait pu léguer, s'il l'eût voulu, d'où l'on conclut *à pari,* que l'héritier n'est pas obligé, pour retenir sa légitime coutumière dans les propres, d'abandonner les autres biens disponibles.

Nonobstant ces raisons, l'opinion de ceux qui pensent que l'héritier ne peut retenir les quatre quints des propres, qu'en abandonnant tous les biens disponibles auxquels il succède, me paraît la plus probable. La coutume, en réservant à l'héritier les quatre quints des propres du défunt, ne lui peut pas donner plus de droit dans ses propres, qu'il en a dans sa propre chose, par conséquent si, suivant qu'il est défini en droit, il ne peut refuser la prestation du legs de sa propre chose, qu'en abandonnant les biens disponibles auxquels il succède, il ne peut, par la même raison, refuser la prestation du legs des propres, même pour les portions que la loi lui réserve, qu'en abandonnant au légataire les biens disponibles.

La différence qu'on veut mettre pour se tirer de cet arguement entre le legs de la propre chose de l'héritier, et le legs des quatre quints des propres, en disant qu'aucune loi ne défend de léguer la chose de son héritier, et que notre loi municipale défend de léguer les quatre quints des propres, n'a aucune solidité; car premièrement on ne trouvera pas que nos coutumes de Paris et d'Orléans défendent expressément de léguer les quatre quints des propres; ces termes, *et non plus avant,* qui se trouvent après ceux-ci, *peuvent disposer par testament..... de tous leurs biens meubles, acquêts et conquêts immeubles, et de la cinquième partie de tous leurs propres héritages*, se rapportent à toute la phrase, et non pas seulement aux derniers mots, *et de la cinquième partie de tous leurs propres*, et par conséquent la loi ne défend pas simplement de disposer *plus avant* que de la cinquième partie des propres; mais elle défend de disposer *plus avant que de tous les meubles, acquêts et quints des propres*, la loi n'a donc pas tant voulu annuler le legs de ce qui excéderait le quint des propres qu'elle a voulu conserver à l'héritier cet excédant, et lui permettre de le retenir en abandonnant à la place au légataire les autres biens disponibles auxquels il succède, et il paraît que c'est son esprit, par l'art. 195, par lequel elle lui permet de faire cet abandon.

Quand même la loi, en permettant de léguer le quint des propres avec les autres biens disponibles, aurait expressément défendu de disposer des quatre autres quints, cette défense qui ne se serait faite que pour l'intérêt de l'héritier à qui la loi veut les conserver, n'aurait d'autre effet que de donner à l'héritier le droit de les retenir, en abandonnant les biens disponibles que le testateur lui a laissés, pouvant les lui ôter; ce qui se prouve par l'exemple du legs qu'un mari a fait d'un fonds dotal de sa femme. Certainement toute disposition du fonds dotal soit entre-vifs, soit testamentaire, est expressément défendue au mari par la loi *Julia;* néanmoins le jurisconsulte en la loi 13, § 4, ff. *de Fund. dotal.,* décide que le legs du fonds dotal est valable, lorsque le mari a institué héritier sa femme, à qui le fonds dotal devait être rendu, et qu'il lui laisse dans sa succession autant ou plus que ne vaut le fonds dotal, et la raison est parce que la femme, pour l'intérêt de laquelle la défense de l'aliénation du fonds dotal est faite, se trouve hors d'intérêt, trouvant dans la succession des biens qui équipollent à ce fonds dotal, et ayant même la liberté de le conserver, en n'acceptant pas la succession. Par la même raison, le legs des propres, même pour les quatre quints, doit valoir; lorsque le testateur laisse à la place à son héritier d'autres biens dont il aurait pu disposer, puisque cet héritier, pour l'intérêt duquel la loi a été faite, a d'autres biens à la place des quatre quints des propres, et qu'il est même le maître de les retenir en abandonnant les autres biens.

On voudra peut-être établir une différence entre la femme pour le fonds dotal, et l'héritier pour les quatre quints des propres, en disant que la loi *Julia*

ayant eu en vue de conserver une dot à la femme, pour qu'elle puisse se remarier, il est indifférent pour cette vue qu'elle ait son fonds dotal ou d'autres biens à la place, au lieu que la vue de la coutume étant de conserver les propres dans les familles, il n'est pas indifférent pour la vue de la loi que ce soit ces propres ou d'autres biens à la place qui soient réservés à l'héritier. La réponse est qu'il suffit, pour remplir la vue de la coutume, que l'héritier demeure le maître de conserver ces propres, en abandonnant les biens disponibles; qu'il ne peut pas avoir plus d'affection aux propres de la succession du testateur qu'à ses propres biens, néanmoins on convient que le legs de la propre chose de l'héritier est valable; pourquoi celui des propres du testateur ne le serait-il pas, même pour les quatre quints, lorsque le testateur laisse à l'héritier d'autres biens disponibles, qu'il est le maître d'abandonner, s'il veut conserver lesdits quatre quints.

A l'égard de l'argument qu'on tire de la constitution de Justinien, qui, dans le cas d'un legs d'usufruit de tous les biens, permet à l'enfant légitimaire de retenir la pleine propriété de sa légitime, sans être obligé d'abandonner au légataire la propriété de l'autre portion des biens de la succession dont le testateur aurait pu disposer, la réponse est que cette constitution contenant un droit singulier qui n'est fondé que sur la grande faveur de la légitime de droit, ne doit pas être étendue à la légitime coutumière, qui n'a pas la même faveur [1].

L'opinion que nous avons suivie est celle de Dumoulin sur la coutume de Paris, § 91, et en ses notes sur les coutumes de Montargis (ch. 3, art. 3) et d'Auvergne (ch. 12). Ricard l'accuse mal à propos de tomber en contradiction avec lui-même par sa note sur l'art. 263 de la coutume de Reims.

203. La jurisprudence n'est pas bien certaine sur cette question; il y a beaucoup d'arrêts pour et contre, et il y en a un assez moderne contraire à notre opinion. Ricard et Duplessis apportent un tempérament à l'opinion que nous avons embrassée; ils pensent que l'héritier qui veut retenir les quatre quints des propres qui ont été légués, ne doit pas être obligé d'abandonner précisément aux légataires tous les biens disponibles, et qu'il doit suffire qu'il en abandonne jusqu'à la concurrence de la valeur des quatre quints qu'il veut retenir; ce tempérament est rejeté par Dufresne en son *Journal des Audiences*, et le sentiment de Dufresne paraît plus conforme aux principes de droit, qui ne permettent pas à l'héritier grevé du legs de sa propre chose d'en donner l'estimation à la place.

204. C'est une question qui dépend de la décision de la précédente, de savoir si, lorsque le testateur a légué tous les propres situés dans une coutume, l'héritier qui veut retenir la portion que cette coutume lui réserve, est obligé d'abandonner au légataire les portions disponibles des propres situés dans les autres coutumes. Dumoulin décide pour l'affirmative; car en sa note sur l'art. 41, chap. 12 de la coutume d'Auvergne qui défend de léguer plus du quart de ses biens; il dit : *Fallit si habet bona alibi sita, ubi potest ampliùs legare, quia residuum capietur in bonis alibi sitis.*

205. Lorsque l'héritier aux propres, qui retranche du legs d'un héritage propre les quatre quints que la loi lui réserve, n'est point l'héritier des autres biens disponibles, le légataire peut-il demander aux héritiers des biens disponibles l'estimation des quatre quints des propres qui lui ont été retranchés?

---

[1] L'article 917, C. civ., est contraire à la constitution de Justinien. Le droit d'opter est laissé à l'héritier.

Art. 917 : « Si la disposition par acte « entre-vifs ou par testament est d'un « usufruit ou d'une rente viagère dont « la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels « la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, « ou de faire l'abandon de la propriété « de la quotité disponible. »

Dumoulin sur Paris, § 93, décide qu'il ne le peut, *quia*, dit-il, *legatum est de certo corpore*; or, le testateur qui lègue un corps certain de la succession, n'est censé charger de ce legs que ceux de ses héritiers qui y succèdent, comme nous le verrons par la suite: ne pourrait-on pas dire que cette règle n'a lieu que lorsque l'héritier qui succède à ce corps certain, pouvait être chargé de la prestation du legs de ce corps certain, mais que, lorsqu'il ne pouvait pas en être chargé, le testateur doit être présumé en avoir chargé ses autres héritiers qui n'y succèdent pas?

Il est certain qu'il pouvait, s'il eût voulu, charger de la prestation des quatre quints des propres l'héritier de l'autre ligne, puisqu'on peut charger son héritier de la prestation du legs de la chose d'autrui; or, on ne doit pas présumer qu'il l'a voulu, puisqu'il n'avait pas d'autres moyens de les léguer valablement, qu'en chargeant de la prestation de ces quatre quints l'héritier de l'autre ligne, qui succède à ses biens disponibles, et qu'il en pouvait seul charger, et que c'est une maxime puisée dans la nature, que quiconque veut la fin, est censé vouloir les moyens obvies et nécessaires pour y parvenir.

Nonobstant ces raisons, je ne crois pas que le légataire puisse réussir dans sa demande contre les héritiers aux meubles et acquêts, car si, sur les questions précédentes, ce n'est qu'avec grande peine qu'on s'est déterminé à récompenser le légataire sur les meubles et acquêts, lorsque c'est le même héritier qui succède aux propres et aux meubles et acquêts, et que la jurisprudence n'en est pas même bien constante, cette récompense doit souffrir infiniment plus de difficulté, lorsque ce ne sont pas les mêmes héritiers.

CHAPITRE V.

De l'exécution des testaments, de l'effet des legs, et des actions des légataires.

SECT. Ire. — DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

206. Quoique l'héritier soit chargé de droit de l'exécution des dernières volontés du défunt, et qu'il ne soit pas nécessaire d'en charger d'autres personnes, néanmoins il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment, par leurs testaments, des personnes à qui ils la confient; on les appelle *exécuteurs testamentaires* [1].

ART. Ier. — De la nature de la charge d'exécuteur testamentaire, et quelles personnes peuvent la remplir.

207. La charge d'exécuteur testamentaire n'est point une charge publique, c'est un simple office d'ami; d'où il résulte, — 1° Que cette charge est volontaire, et que les personnes que le testateur a nommées pour ses exécuteurs testamentaires ne peuvent être forcées à accepter cette charge [2].

---

[1] *V.* art. 1025, C. civ.
Art. 1025: « Le testateur pourra « nommer un ou plusieurs exécuteurs « testamentaires. »

[2] L'article 1033 suppose que l'exécuteur testamentaire peut refuser.
Art. 1033: « S'il y a plusieurs exé- « cuteurs testamentaires qui aient ac-

De là il suit,— 2° Que les personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques, et offices civils, ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs, pourvu néanmoins qu'elles soient capables de s'obliger; car un exécuteur étant comptable de son exécution, doit être capable de s'obliger à la reddition de son compte [1].

208. Il suit de ces principes, qu'une femme peut être exécutrice testamentaire, quoiqu'elle ne soit pas capable des fonctions publiques et offices civils.

Si néanmoins elle est sous puissance de mari, elle ne peut accepter, ni exercer cette charge qu'avec l'autorité de son mari, parce que cette autorité lui est nécessaire pour s'obliger [2]. — Un moine ne peut être exécuteur testamentaire, parce qu'il ne peut s'obliger [3].

209. Un mineur ne peut être exécuteur testamentaire, parce que étant restituable contre les obligations qu'il contracte, il ne s'oblige pas efficacement [4].

Néanmoins, s'il était émancipé, et que l'objet de l'exécution testamentaire, étant peu considérable, les obligations qui en pourraient résulter fussent proportionnées à ses revenus, dont l'émancipation lui donne droit de disposer, il ne devrait pas être exclu de l'exécution [5].

210. Un homme sans biens peut-il être exécuteur testamentaire? Il semble que non, puisqu'il faut qu'un exécuteur puisse s'obliger, et que vis-à-vis de ceux à qui il doit rendre compte de son exécution, ce soit presque même chose qu'il ne puisse s'obliger, ou qu'il soit sans biens, *cùm perindè sit non habere actionem et habere inanem;* néanmoins, *in praxi*, un homme, quoique sans biens, ne peut guère être refusé pour exécuteur testamentaire; car les héritiers ne sont pas recevables à demander qu'il justifie sa solvabilité, ni encore moins qu'il donne caution, le testateur ayant suivi sa foi, les héritiers doivent la suivre; on peut aussi tirer argument de ce qui est décidé en droit, que la pauvreté n'est pas une raison pour exclure d'une tutelle celui que le testateur a nommé pour tuteur de ses enfants.

Que s'il était survenu un dérangement considérable dans les affaires de l'exécuteur testamentaire depuis le testament, surtout s'il avait fait faillite, il pourrait être exclu de l'exécution testamentaire; car alors il y a lieu de présumer que, si le testateur eût prévu ce qui est arrivé, il ne l'aurait pas nommé pour son exécuteur.

« cepté, un seul pourra agir au dé« faut des autres; et ils seront soli« dairement responsables du compte « du mobilier qui leur a été confié, à « moins que le testateur n'ait divisé « leurs fonctions, et que chacun d'eux « ne se soit renfermé dans celle qui « lui était attribuée. »

[1] *V.* art. 1028, C. civ.

Art. 1028: « Celui qui ne peut s'o« bliger, ne peut être exécuteur testa« mentaire. »

[2] *V.* art. 1029, C. civ.

Art. 1029: « La femme mariée ne « pourra accepter l'exécution testa« mentaire qu'avec le consentement « de son mari.—Si elle est séparée de « biens, soit par contrat de mariage, « soit par jugement, elle le pourra avec « le consentement de son mari, ou, à « son refus, autorisée par la justice, « conformément à ce qui est prescrit « par les art. 217 et 219, au titre *du* « *Mariage.* »

[3] Les moines n'ont plus d'existence légale en France.

[4] *V.* art. 1030, C. civ.

Art. 1030: « Le mineur ne pourra « être exécuteur testamentaire, même « avec l'autorisation de son tuteur ou « curateur. »

[5] L'article 1030 (*V.* la note précédente), qui lui défend d'être exécuteur testamentaire, le suppose même émancipé, car il parle de son curateur.

211. Il reste à observer qu'on peut nommer pour exécuteurs testamentaires même ceux *quibuscum non est testamenti factio*, c'est-à-dire, envers lesquels on ne peut pas disposer par testament.

C'est pourquoi dans nos coutumes, qui ne permettent pas au mari de rien laisser par testament à sa femme, *aut vice versâ*, un mari ne laisse pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire.

Par la même raison, je pense qu'on peut nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé; car c'est un pur office d'ami, comme nous l'avons vu, ce n'est point un office civil, ni encore moins une fonction publique dont les étrangers sont incapables.

Observez que, lorsque le testateur a nommé pour exécuteur testamentaire une personne à qui il n'est pas permis de rien laisser par testament, il ne laisse pas de pouvoir lui faire, par son testament, un présent modique pour le récompenser des soins de l'exécution.

ART. II. — De la saisine des exécuteurs testamentaires.

§ Ier. *Ce que c'est, et quelle est l'origine de ce droit.*

212. Le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine, que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire, pour l'accomplissement du testament [1]. Cette saisine est compatible avec celle de l'héritier; car cette saisine, qui est accordée à l'exécuteur, n'est pas une vraie possession; l'exécuteur par cette saisine, est constitué séquestre; il n'est en possession qu'au nom de l'héritier; c'est l'héritier, qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession, suivant la règle : *le mort saisit le vif;* c'est la doctrine de Dumoulin, qui, sur l'art. 95, de Paris, dit : *Hæc consuetudo non facit quin hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere et apprehendere.... et etiam executor non est verus possessor, et nisi procurator tantùm.*

Cette saisine des exécuteurs testamentaires est de droit coutumier, et ne vient point du droit romain. Quelquefois, chez les Romains, un testateur nommait une personne qui n'était ni son héritier ni son légataire, pour exécuter les legs d'aliments qu'il avait faits à ses affranchis, ou à d'autres personnes; mais cet exécuteur testamentaire devait recevoir des mains de l'héritier les sommes, ou autres choses, que le testateur avait destinées pour la prestation desdits aliments.

§ II. *De l'étendue de cette saisine.*

213. Nos coutumes sont différentes sur l'étendue qu'elles donnent à la saisine de l'exécuteur testamentaire. La coutume de Paris, art. 297, et la plupart des coutumes saisissent l'exécuteur testamentaire des biens meubles de la succession durant l'an et jour du décès, pour l'accomplissement du testament. La coutume d'Orléans, art. 290, et quelques autres, saisissent l'exécuteur non-seulement des meubles, mais même des héritages de la succession [2].

---

[1] Le Code permet au testateur d'accorder la saisine à l'exécuteur testamentaire, mais il ne l'a pas de droit. (*V.* art. 1026, C. civ.)

Art. 1026: « (Le testateur) pourra « leur donner (aux exécuteurs testa- « mentaires) la saisine du tout, ou seu- « lement d'une partie de son mobilier; « mais elle ne pourra durer au delà de « l'an et jour à compter de son décès. « — S'il ne la leur a pas donnée, ils « ne pourront l'exiger. »

[2] Le Code ne paraît permettre d'accorder que la saisine du mobilier. (Art. 1026. C. civ., *V.* la note précédente.)

214. Une autre différence entre la coutume de Paris et celle d'Orléans, est que celle de Paris saisit indéfiniment l'exécuteur des biens meubles de la succession; elle ne restreint point cette saisine à ce qui est précisément nécessaire pour l'accomplissement du testament; c'est pourquoi il y a lieu de penser que, dans la coutume de Paris, l'héritier ne serait pas recevable, pour exclure l'exécuteur de cette saisine, de lui offrir somme à suffire pour l'accomplissement du testament. La coutume de Meaux peut en cela servir d'interprétation à celle de Paris; elle porte en ces termes, en l'art. 340, « et supposé que l'héritier offre accomplir le testament et bailler caution, ou laisser ès mains de l'exécuteur autant que monte le clair du testament, l'exécuteur, toutefois dedans l'an et jour, ne sera dessaisi [1]. »

215. Au contraire, la coutume d'Orléans restreint la saisine des biens meubles et immeubles de la succession qu'elle accorde à l'exécuteur, à la concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament; car elle s'exprime ainsi, art. 290 : *les exécuteurs sont saisis des biens meubles et héritages du testateur, jusqu'à la valeur et accomplissement du testament.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans notre coutume, que l'héritier est recevable à empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en offrant de lui remettre entre les mains somme à suffire pour l'accomplissement du testament.

Observez que l'accomplissement du testament comprend non-seulement l'acquittement des legs, mais aussi celui des dettes mobilières de la succession; car l'acquittement de ces dettes fait partie de l'exécution testamentaire, suivant que cela est formellement exprimé en l'art. 291 de notre coutume, ce qui vient de ce que c'était autrefois une clause ordinaire des testaments, « que le testateur ordonnait que ses dettes fussent acquittées, » et cette clause étant clause ordinaire des testaments y est toujours sous-entendue, quand même elle n'y serait pas exprimée.

§ III. *Si le testateur peut restreindre la saisine de l'exécuteur, et s'il peut l'étendre.*

216. Le testateur peut, soit dans la coutume de Paris, soit dans la coutume d'Orléans, restreindre cette saisine de l'exécuteur à une certaine somme [2]; cela est porté par l'art. 297 de Paris, et 290 d'Orléans; il n'est pas douteux qu'en ce cas, l'héritier peut empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en lui offrant la somme portée par le testament, quand même elle ne serait pas suffisante pour son accomplissement.

Mais, quoique le testateur ait déterminé la somme dont son exécuteur serait saisi, l'exécuteur n'est pas pour cela réduit au droit de demander cette somme à l'héritier, et tant que l'héritier ne la lui offre pas, l'exécuteur peut de lui-même se mettre en possession des biens de la succession, jusqu'à concurrence néanmoins de cette somme, à moins que le testateur n'eût expressément décidé que l'exécuteur recevrait cette somme de son héritier.

217. Observez que, lorsque la somme dont le testateur a voulu que son exécuteur fût saisi, n'est pas suffisante pour l'entier accomplissement du testament, l'exécution testamentaire ne laisse pas de s'étendre à tout le testament, mais l'exécuteur ne peut se mettre de lui-même en possession des biens

---

[1] *V.* art. 1027, C. civ
Art. 1027. « L'héritier pourra faire « cesser la saisine, en offrant de re- « mettre aux exécuteurs testamentai- « res somme suffisante pour le paie- « ment des legs mobiliers, ou en jus- « tifiant de ce paiement. »

[2] L'art. 1026, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 284, note 1), dit : de *tout ou seulement d'une partie de son mobilier.*

du testateur, que jusqu'à concurrence de la somme réglée par le testament, et il doit recevoir des mains de l'héritier le surplus de ce qui est nécessaire pour l'entier accomplissement du testament.—Le testateur peut bien restreindre la saisine que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire; mais peut-il l'étendre? Par exemple, dans la coutume de Paris, le testateur pourrait-il ordonner que l'exécuteur serait saisi non-seulement de ses meubles, mais même de ses héritages? Pourrait-il, dans la coutume d'Orléans, ordonner qu'il serait saisi de ses biens jusqu'à concurrence d'une somme plus grande que celle à laquelle monte l'exécution du testament? Je ne le pense pas, car c'est par la vertu de la loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur; comme c'est en faveur du testateur que la loi l'accorde, le testateur peut bien déroger à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur, et le restreindre, mais il ne peut l'étendre; car il ne peut, par sa seule volonté, saisir de ses biens après sa mort son exécuteur, n'y ayant que la loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur ne peut l'accorder au delà de ce que la loi accorde. C'est l'avis de Ricard (*Donations*, 2e part., ch. 2, gl. 3), qui est mal à propos rejeté par Lemaître.

§ IV. *Des effets de la saisine de l'exécuteur.*

218. Les effets de la saisine de l'exécuteur testamentaire, sont que l'exécuteur peut se mettre de lui-même en possession des biens de la succession, dont la coutume le saisit, en faisant néanmoins par lui un inventaire en présence des héritiers, ou eux appelés lorsqu'ils sont sur le lieu; sinon en présence du procureur du roi ou fiscal, comme nous le verrons par la suite.

L'exécuteur peut vendre à sa requête les meubles; mais il doit faire cette vente du consentement de l'héritier, et si l'héritier n'y consent pas, il doit l'assigner pour faire ordonner cette vente par le juge, ce que l'héritier ne pourra empêcher, à moins qu'il n'offrît de remettre à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du testament[1].

C'est la doctrine de Dumoulin sur l'art. 95, n° 10, *potest apprehendere, non autem vendere, sine hærede.*

219. Quoique la coutume de Paris le saisisse indéfiniment de tous les meubles, néanmoins le juge ne lui doit permettre d'en vendre que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour l'accomplissement du testament : *non potest vendere sine hærede, et usque ad concurrentiam tantùm.* Dumoulin, *eod. loco.*

A l'égard des héritages, quoique la coutume d'Orléans saisisse même des héritages l'exécuteur testamentaire, il ne peut ni les vendre, ni faire condamner l'héritier à en faire souffrir la vente, la saisine que la coutume lui en accorde n'étant qu'à l'effet d'en toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution.

Il ne peut pas même en faire les baux; le temps de son exécution étant trop court.

---

[1] *V.* art. 1031, C. civ.

Art. 1031 : « Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, « s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.—Ils feront faire, en « présence de l'héritier présomptif, ou « lui dûment appelé, l'inventaire des « biens de la succession. — Ils provoqueront la vente du mobilier, à dé- « faut de deniers suffisants pour acquitter les legs.—Ils veilleront à ce « que le testament soit exécuté; et ils « pourront, en cas de contestation sur « son exécution, intervenir pour en « soutenir la validité.—Ils devront, à « l'expiration de l'année du décès du « testateur, rendre compte de leur « gestion. »

220. C'est une suite de la saisine des biens meubles de la succession que l'exécuteur peut, en sa qualité d'exécuteur, contraindre au paiement les débiteurs de la succession, et recevoir ce qu'ils doivent; et s'il n'y a point de titre exécutoire contre eux, il peut, en sa qualité, donner contre les débiteurs des demandes en justice.

Mais il ne pourrait pas, dans la coutume de Paris, recevoir le remboursement d'une rente, parce que cette coutume ne le saisit que des biens meubles [1].

221. Dans la coutume d'Orléans, qui saisit même des héritages l'exécuteur testamentaire, il semblerait que l'exécuteur pourrait recevoir le remboursement des rentes dues à la succession; néanmoins, comme ce remboursement contient une aliénation d'immeubles, il est de la sûreté du débiteur de faire ce remboursement à l'héritier.

L'exécuteur étant saisi même des héritages dans la coutume d'Orléans, c'est une suite qu'il peut intenter les actions pour raison de ces héritages.

C'est pourquoi notre coutume, art. 290, dit qu'*il peut intenter complainte*, ce qui doit s'entendre en ce sens, qu'il peut intenter cette action en sa qualité d'exécuteur, et de procureur légal de l'héritier, ou de la succession, contre des tiers qui le troubleraient en la possession, en laquelle il est au nom de l'héritier, ou de la succession.

222. Peut-il l'intenter contre l'héritier lui-même, qui le troublerait dans la saisine des biens de la succession que la coutume lui accorde? Lalande a dit mal à propos qu'il le pouvait. L'héritier étant le vrai possesseur des biens de la succession, l'exécuteur ne les possédant qu'en son nom, il est évident qu'il ne peut pas former contre lui la complainte; il a seulement en ce cas une action qu'on appelle en droit *in factum*, par laquelle il peut conclure à ce qu'il soit fait des défenses à l'héritier de le troubler dans la disposition qu'il doit avoir des biens de la succession, pour l'accomplissement du testament.

223. L'exécuteur peut aussi, dans notre coutume d'Orléans, intenter les actions pétitoires, pour raison des héritages et droits appartenant à la succession, telles que l'action de revendication, l'action hypothécaire, etc., elle s'en explique formellement, art. 291 : « peut intenter toutes actions possessoires, « pétitoires, personnelles et autres. »

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs, un seul peut intenter ces actions; on peut tirer argument de la loi 24, § 1er, ff. *de Admin. tut.*

224. Notre coutume d'Orléans donne aussi pouvoir à l'exécuteur testamentaire de défendre aux actions non-seulement des légataires, mais à celles des créanciers de la succession pour dettes mobilières; car l'acquittement de ces dettes, comme celui des legs, entre dans l'exécution. Notre coutume le décide expressément, art. 291, *lesdits exécuteurs....... peuvent dedans l'an être convenus, et doivent, comme exécuteurs, répondre des dettes et choses mentionnées audit testament.*

Il fait néanmoins prudemment de dénoncer ces actions à l'héritier; car, faute de le faire, l'exécuteur s'exposerait à des contestations avec l'héritier qui pourrait soutenir qu'il n'a pas bien défendu aux demandes contre lui données, qu'il y avait de bons moyens pour en obtenir le congé, et, sur ce prétexte, refuser de lui passer ce qu'il aurait été condamné de payer.

225. Les intérêts doivent-ils courir au profit du créancier, ou du légataire qui a donné sa demande contre l'exécuteur, du jour de cette demande, ou seulement du jour qu'elle a été dénoncée à l'héritier? Duplessis dit qu'ils ne doivent courir que du jour de la dénonciation, parce que ce n'est que de

[1] Les rentes sont aujourd'hui mobilières.

ce jour que l'héritier, qui est le vrai débiteur, est constitué en demeure. Je pense qu'ils doivent courir du jour de la demande donnée contre l'exécuteur, la coutume autorisant à donner la demande contre l'exécuteur, cette demande met l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le représente, comme un mineur est mis en demeure par l'interpellation faite à son tuteur. Il est vrai que l'héritier, à qui l'exécuteur aura tardé à dénoncer la demande, pourra refuser de passer à l'exécuteur les intérêts avant la dénonciation, mais ils sont dus au demandeur.

ART. III. — Des obligations de l'exécuteur testamentaire.

§ Ier. *De l'inventaire.*

226. La première obligation de l'exécuteur testamentaire, qui a accepté cette charge, est de faire inventaire des effets de la succession ; ce n'est qu'en faisant cet inventaire qu'il est saisi des biens de la succession, il ne doit point s'immiscer auparavant, à moins que ce ne soit pour choses urgentes, comme par exemple, ce qui concerne les obsèques du défunt.

Cet inventaire doit être fait avec les héritiers, s'il y en a d'apparents dans le lieu, l'exécuteur n'est pas obligé de chercher ceux qui seraient hors l'étendue du bailliage ; à défaut d'héritiers, il doit faire son inventaire en présence du procureur du roi, ou autre officier chargé du ministère public, dans la juridiction du domicile qu'avait le testateur lors de son décès [1].

227. C'est une question entre les auteurs français, si le testateur peut remettre à l'exécuteur testamentaire l'obligation de faire inventaire? Ricard (*Donations*. 2e part., ch. 2, gl. 7, no 87) pense qu'il le peut, par la raison que, qui peut le plus, peut le moins ; *qui potest plus, potest minùs*, d'où il conclut que le testateur, qui pouvait léguer à son exécuteur tous ses meubles, peut, à plus forte raison, le décharger d'en faire inventaire, cette décharge de faire inventaire étant un bien moindre avantage que le legs qui en serait fait à l'exécuteur. On tire aussi argument de la loi *fin*. Cod. *arb. tut.* qui, par une raison semblable, permet au testateur de remettre l'obligation de faire inventaire à un tuteur testamentaire. Nonobstant ces raisons, je crois préférable le sentiment de Bacquet, Tronçon et autres, qui pensent que l'exécuteur n'en peut être dispensé. La raison est que l'exécuteur, tenant de la loi la saisine des biens de la succession plutôt que du testateur, qui ne peut par sa seule volonté la lui donner après sa mort ; il ne peut l'avoir que sous les conditions sous lesquelles la loi la lui accorde [2].

§ II. *De la gestion de l'exécuteur.*

228. L'exécuteur, après qu'il a fait inventaire doit acquitter les legs portés par le testament et les dettes mobilières des deniers qu'il a trouvés dans la succession, s'ils suffisent ; mais il doit requérir pour cela le consentement de l'héritier, et s'il le refuse, le faire ordonner par le juge, sans quoi il courrait le risque que l'héritier, qui prétendrait avoir de bons moyens pour se défendre de payer ce qui a été payé pour lui par l'exécuteur, refusât de lui passer dans son compte ce qu'il aurait payé [3].

---

[1] *V.* art. 1031, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 286, note 1.)

[2] Quoique l'exécuteur testamentaire tienne la saisine par la volonté du testateur ; nous pensons cependant qu'il ne peut être dispensé de faire inventaire, et la raison de Ricard est peu concluante : il ne s'agit pas de ce que pouvait faire le testateur, mais de ce qu'il a fait réellement, or il n'a pas disposé au profit de l'exécuteur testamentaire.

[3] « (Les exécuteurs testamentaires) « veilleront à ce que le testament soit « exécuté. » Art. 1031, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 286, note 1.)

Si les deniers trouvés dans la succession, ou ce qui peut être promptement exigé par les débiteurs, ne suffit pas pour acquitter les dettes mobilières et les legs, l'exécuteur doit faire procéder à une vente publique des meubles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour les acquitter; mais, comme nous l'avons déjà dit, il doit faire cette vente avec le consentement de l'héritier, ou en vertu d'une sentence du juge qui l'aura ordonnée sur la demande que l'exécuteur en aura formée contre l'héritier [1].

Dans notre coutume, où l'exécuteur est saisi même des héritages, l'exécuteur, pendant le temps de son exécution, les doit faire valoir, faire faire les vendanges, acheter les tonneaux, etc.

§ III. *Du compte d'exécution.*

229. L'exécuteur doit rendre compte de son exécution à l'héritier, ou autres successeurs universels [2].

Si le testateur l'avait par son testament déchargé de rendre compte, cette décharge ne le dispenserait pas de rendre aucun compte; et tout l'effet serait qu'on ne pourrait le rendre responsable de ce qu'il aurait pu pécher par négligence dans le cours de son exécution, *arg.*, L. 5, § 7, ff. *de Adm. tutor.*

230. L'exécuteur ne peut coucher en mise que ce qu'il a dépensé, et ne peut prétendre aucun salaire pour les soins qu'il s'est donnés; car l'exécution testamentaire est un service d'ami, qui de sa nature est gratuit; mais il est d'usage que le testateur fasse, par son testament, un présent à son exécuteur, en reconnaissance des soins qu'il se donnera pour l'exécution. L'exécuteur qui a accepté la charge, doit avoir ce présent, et s'il refuse l'exécution, il ne peut le demander.

Lorsque l'exécuteur se trouve créancier par son compte pour les dettes et legs qu'il a acquittés, il a, selon Dumoulin, une hypothèque tacite sur les biens de la succession qu'il a déchargée, avec cette différence que, si c'est pour acquittement de dettes même chirographaires qu'il est créancier, il a cette hypothèque sur tous les biens de la succession, tant sur les propres que sur les autres; que s'il est créancier pour des legs qu'il a acquittés, il n'a cette hypothèque que sur les biens disponibles [3]. Dumoulin sur l'art. 95 de l'ancienne coutume de Paris, n° 15.

ART. IV. — Quand finit l'exécution testamentaire.

231. Les coutumes ont restreint l'exécution testamentaire au temps d'un an, afin que les héritiers ne soient pas trop longtemps privés de la jouissance des biens de la succession, sur le prétexte que le testament ne serait pas encore exécuté [4].

Quoique les coutumes disent, *l'an du décès*, cependant il ne court que du jour que l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession des biens de la succession; si on lui a fait des contestations, et que le testament ait été contesté, l'an ne court que du jour que les contestations ont été terminées. C'est la doctrine de Dumoulin, art. 95, n° 16. *Nota*, dit-il, *annum hic utilem à tempore testamenti aperti*, *et cessantis impedimenti;* et Lemaître rapporte un

---

[1] Art. 1031, 3e alinéa. (*V.* ci-dessus, p. 286, note 1.)

[2] Art. 1031 dernier alinéa, *ibid.*

[3] Il ne peut y avoir d'hypothèque qu'en vertu d'une subrogation qui lui aurait été consentie.

[4] Art. 1026, du C. civ., (*V.* ci-dessus, p. 284, note 1.) « Mais elle ne « pourra durer au delà de l'an et jour « à compter de son décès.

arrêt qui a jugé que l'année de l'exécution ne devait courir que du jour de l'arrêt qui a mis fin à des contestations sur un testament.

222. Mais, lorsque l'exécuteur a été saisi des biens de la succession, ou a pu l'être, l'an court, et après l'an révolu, l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, quoique le testament n'ait été, ou n'ait pu encore être exécuté.

C'est pourquoi, quand il y aurait des legs, dont la condition ne dût exister qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, lorsque la condition viendrait à exister, ne concernerait plus l'exécuteur, dont la charge finit après l'année révolue, et le légataire ne pourrait s'adresser qu'à l'héritier.

Encore moins l'exécuteur pourrait-il prétendre de demeurer, après l'année, en possession des biens de la succession jusqu'à l'existence de la condition.

Néanmoins, si les héritiers n'étaient pas solvables, et que les biens de la succession ne consistant qu'en mobilier, il y eût risque qu'ils ne les dissipassent, l'exécuteur serait en droit d'exiger caution des héritiers pour sûreté des legs dont la condition est pendante; c'est ce que décide Dumoulin, art. 95, nos 7 et 8, à l'occasion d'un legs d'une somme de deux cents écus, qu'un prêtre avait léguée à sa bâtarde, lorsqu'elle serait nubile.

223. L'exécution testamentaire peut aussi finir, avant l'an révolu, par la mort de l'exécuteur testamentaire; car cette charge est personnelle, et ne passe point aux héritiers de l'exécuteur, qui succèdent seulement à l'obligation de rendre compte de ce que le défunt a géré [1].

Si néanmoins le testateur avait considéré, dans le choix de son exécuteur, plutôt une certaine qualité que la personne, comme s'il avait nommé pour exécuteur le procureur du roi, le doyen des avocats, en ce cas, l'exécution testamentaire ne finirait pas par la mort, parce que l'exécution en ce cas n'était pas confiée à la personne qui est morte, mais à sa qualité de procureur du roi, ou de doyen des avocats, qui ne meurt point, et passe après lui à un autre.

SECT. II. — De l'effet des legs.

§ Ier. *De quand les legs ont-ils effet?*

224. Il est de la nature des testaments qu'ils n'aient aucun effet, et n'attribuent aucun droit aux légataires, tant que le testateur vit. Le testateur, tant qu'il vit, est maître de son testament, et en conséquence, il a été dit qu'il s'en pouvait faire rendre la minute par le notaire [2]. *V.* Soefve (tome 2, centurie 1, ch. 44, arrêt du 8 août 1656).

Mais, dès l'instant de la mort du testateur, les legs qui y sont contenus ont effet, et font acquérir un droit aux légataires, à moins qu'ils ne soient suspendus par une condition, auquel cas ils n'ont leur effet que du jour de l'existence de la condition.

Si le testateur y a seulement apposé un terme d'un temps certain et déterminé, ce terme n'a d'autre effet que de retarder l'exigibilité du legs jusqu'à l'expiration du legs; mais il n'empêche pas que le droit qui résulte du legs, ne soit ouvert et acquis au légataire du jour de la mort du testateur, même avant l'échéance du terme [3]; c'est ce que décident les lois, *si post diem legata*

---

[1] *V.* art. 1032.

Art. 1032 : « Les pouvoirs de l'ex- « écuteur testamentaire ne passeront « point à ses héritiers. »

[2] Le testateur peut révoquer son testament, mais le Code ne suppose pas qu'il puisse se faire rendre la minute par le notaire.

[3] *V.* art. 1014, ci-dessus, p. 246, note 1.

V. art. 1040, 1041, C. civ.

Art. 1040 : « Toute disposition tes-

sunt relicta simili modo atque in puris dies cedit; L. 5, § 1, ff. *Quando dies leg. ced. dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest;* L. 24, ff. *eod. tit.*

285. Cette décision a lieu, lorsque le temps apposé au legs est un temps certain et déterminé, comme lorsque le testateur a légué ainsi : *Je charge mon héritier de donner à un tel la somme de tant, six mois après mon décès.* Il en est autrement lorsque le temps apposé au legs est un temps incertain, car il équipolle à une condition, et rend le legs conditionnel; *eâd.* L. 21, *dies incertus pro conditione est.* Par exemple, si le testateur avait légué *une certaine somme à un jeune homme, lors de sa majorité*, le legs serait conditionnel, n'aurait aucun effet, et ne donnerait aucun droit au légataire avant sa majorité, parce que ce légataire pouvant mourir avant que d'être majeur, le temps de sa majorité est un temps incertain.

Quoique le temps apposé au legs doive certainement arriver, s'il est incertain quand il arrivera, et s'il arrivera du vivant du légataire, il passe pour un temps incertain, et rend le legs conditionnel; par exemple, si on a légué *à Pierre la somme de tant, le jour que mourra Paul,* c'est un legs conditionnel, qui ne peut avoir aucun effet avant la mort de Paul; car, quoiqu'il soit certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand ce jour viendra, et s'il viendra du vivant du légataire.

286. Observez qu'on doit faire une grande attention, si le temps incertain est apposé à la disposition même, comme dans les exemples ci-dessus rapportés, auquel cas il rend le legs conditionnel; mais il en est autrement, si le temps n'est apposé que pour l'exécution du legs, par exemple, si le testateur a dit : *Je lègue une telle somme à Pierre, qui lui sera payée le jour qu'il sera majeur,* ou *qui lui sera payée le jour que Paul mourra,* le legs est pur et simple, et le droit en est acquis au légataire du jour de la mort du testateur; car ces termes, *le jour qu'il sera majeur, le jour que Paul mourra,* ne se réfèrent pas à ceux-ci : *je lègue une telle somme,* mais seulement à ceux-ci : *qui lui sera payée,* ils ne concernent pas par conséquent la disposition même, mais seulement l'exécution et le paiement qui s'en doit faire, et par conséquent ils ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui résulte du legs qui lui a été acquis dès le jour du décès du testateur [1].

§ II. *Quels droits résultent du legs.*

287. Lorsque le legs est d'un corps certain de la succession, dont le testateur était propriétaire lors de sa mort, et que le legs est pur et simple, la propriété de la chose léguée est censée passer de plein droit, et sans aucun fait ni tradition, de la personne du testateur en celle du légataire; c'est une des manières d'acquérir du droit civil que nous avons adoptée dans notre droit [2].

« tamentaire faite sous une condition « dépendante d'un événement incertain et telle, que, dans l'intention « du testateur, cette disposition ne « doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, « sera caduque, si l'héritier institué « ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. »

Art. 1041 : « La condition qui, dans « l'intention du testateur, ne fait que « suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit « acquis et transmissible à ses héritiers. »

[1] Le Code dans les deux articles 1040 et 1041 (*V.* la note précédente), renvoie avec raison à l'appréciation de *l'intention* du testateur.

[2] L'article 711, C. civ., range les donations testamentaires, c'est-à-dire

De là il suit,—1° Que l'héritier ne peut aliéner la chose léguée;—2° Que si l'héritage légué était chargé de quelques droits de servitude envers l'héritage voisin, appartenant à l'héritier, ou que celui de l'héritier en fût chargé envers l'héritage légué, il ne se fait aucune confusion de ces droits de servitude, l'héritage légué étant censé n'avoir jamais appartenu à l'héritier.

Que si le legs est conditionnel, l'héritier, jusqu'à l'existence de la condition, est propriétaire de la chose léguée; c'est pourquoi il peut l'aliéner, et il se fait confusion des droits de servitude que l'héritage légué avait sur le sien, ou le sien sur l'héritage légué.

Mais, lorsque la condition vient à exister, la propriété de la chose léguée passe de plein droit, sans aucun fait ni tradition, en la personne du légataire.

238. Cela a lieu quand l'héritier, avant l'échéance de la condition, aurait aliéné à un tiers la chose léguée; car n'ayant de cette chose qu'une propriété, qui devait se résoudre et passer en la personne du légataire par l'existence de la condition, il n'a pu la transférer à celui à qui il a aliéné la chose, que telle qu'il l'avait, *cùm nemo plus juris ad alium transferre possit quàm ipse haberet.*

Il doit rétablir les droits de servitude que l'héritage légué avait sur le sien, et qui se sont éteints par la confusion, pendant qu'il a été propriétaire de l'héritage légué, *et vice versâ*, si l'héritage légué était chargé de quelques droits de servitude envers celui de l'héritier, le légataire les doit rétablir; car le légataire doit avoir l'héritage *eodem jure* que l'avait le testateur lors de sa mort.

239. La propriété de la chose léguée passe à la vérité au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, lorsque le legs est pur et simple, ou du jour de l'existence de la condition, lorsqu'il est conditionnel; mais il n'en acquiert la possession que du jour de la tradition et délivrance qui lui en est faite; jusqu'à cette tradition, l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, et le légataire est obligé de lui en demander la délivrance, et il ne peut de lui-même s'en mettre en possession; s'il le faisait, ce serait une voie de fait pour raison de laquelle l'héritier pourrait se pourvoir contre lui [1].

Cette décision a lieu, quand même le testateur aurait ordonné par son testament que les légataires seraient saisis de plein droit des choses qu'il leur lègue, et qu'ils pourraient s'en mettre d'eux-mêmes en possession; car, le testateur ne peut pas, par sa volonté, transférer aux légataires la possession des choses que la loi transfère à son héritier, et il ne peut pas non plus permettre une voie de fait, en permettant aux légataires de se mettre, de leur autorité privée, en possession des choses dont l'héritier est saisi; c'est le cas de la maxime, *nemo potest cavere ne leges in suo testamento locum habeant*, et de celle-ci, *non est privatis concedendum quod publicè per magistratûs auctoritatem fieri debet.*

240. Le légataire ne peut pas même valablement obtenir du juge la délivrance des choses qui lui sont léguées, que sur une demande donnée contre l'héritier à qui il doit demander cette délivrance; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1717, rapporté au 6e volume du *Journal des Audiences* (liv. 7, ch. 26), un légataire universel, qui avait obtenu du juge qui avait mis les scellés sur les

---

les legs, parmi les manières d'acquérir la propriété.

V. art. 711.

Art. 711 : « La propriété des biens « s'acquiert et se transmet par succes- « sion, par donation entre-vifs ou tes- « tamentaire, et par l'effet des obli- « gations. »

[1] Art. 1014, 2e alinéa, *V.* ci-dessus, p. 246, note 1.

effets de la succession, la délivrance de ces effets sans appeler l'héritier, a été condamné envers cet héritier aux intérêts des sommes d'argent dont la délivrance lui avait été faite, du jour de la demande que l'héritier avait donnée contre lui pour le rapport de ces deniers, jusqu'au jour de l'arrêt qui avait déclaré le legs valable, et en avait saisi le légataire, la Cour jugeant par cet arrêt, que ce légataire avait injustement possédé jusqu'à ce temps les effets de la succession.

Que si la chose léguée se trouvait, au jour de l'échéance du legs, être pardevers le légataire à qui le défunt l'aurait prêtée ou déposée, ou qui la tiendrait à quelque autre titre que ce fût, en ce cas le légataire peut la retenir; ce serait un circuit inutile qu'il la rendît à l'héritier, pour que l'héritier la lui délivrât.

241. Lorsque la chose léguée n'est pas un corps certain, mais une quantité, comme *une somme d'argent*, ou une chose indéterminée, comme *un cheval*, il est évident qu'en ce cas le légataire ne peut devenir propriétaire que par la délivrance que lui fait l'héritier.

Il en est de même lorsque le legs est d'un corps certain, mais qui n'appartenait pas au défunt, et que l'héritier a été obligé de racheter de celui à qui il appartenait, pour le délivrer au légataire[1].

Soit que le legs soit d'un corps certain, soit de quelque autre chose, ou que ce soit un fait qui en fasse l'objet, les héritiers du testateur, ou les autres personnes qu'il en a grevées, contractent par l'acceptation qu'ils font de la succession, ou de ce qui leur a été laissé par le testateur, sans qu'il intervienne aucune convention entre eux et les légataires, l'obligation envers les légataires de donner ou de faire ce qui en fait l'objet; c'est pourquoi l'acceptation de la succession est mise au rang des quasi-contrats, suivant que nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*.

242. L'acceptation de la succession, ayant un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, et l'héritier étant censé, dès l'instant de cette mort, saisi des biens de la succession, l'obligation qu'il a contractée de la prestation des legs, qui est une suite de l'acceptation, a pareillement le même effet rétroactif au temps de la mort du testateur; l'héritier est censé dès cet instant avoir été obligé à la prestation des legs, n'ayant pu être saisi des biens de la succession qu'à cette charge.

De cette obligation naît le droit qu'ont les légatataires, quel que soit l'objet du legs, de demander aux héritiers, ou autres personnes grevées du legs, la prestation du legs; et comme l'obligation est censée contractée du jour du décès du testateur, par les héritiers qui en sont grevés, le droit est aussi acquis de ce jour aux légataires, lorsque le legs est pur et simple.

Que s'il est conditionnel, le droit n'est acquis que du jour de l'existence de la condition, car les conditions apposées aux dernières volontés n'ont pas d'effet rétroactif.

C'est encore un effet des legs, que la loi accorde aux légataires une hypothèque tacite sur les biens que les héritiers, ou autres qui en sont grevés, recueillent de la succession du testateur qui les en a grevés.

SECT. III. — DES ACTIONS QU'ONT LES LÉGATAIRES POUR LA PRESTATION DES LEGS.

243. Les légataires peuvent avoir trois actions, l'*action personnelle ex testamento*, l'*action de revendication de la chose léguée*, et l'*action hypothécaire*[2].

---

[1] Art. 1021, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 269, note 1.

[2] L'action réelle résulte de l'art. 711, *V.* ci-dessus, p. 291, note 2, et

ART. Ier. — De l'action personnelle EX TESTAMENTO.

244. L'*action personnelle ex testamento*, est celle qui naît de l'obligation que les héritiers, ou autres personnes grevées de la prestation du legs, contractent envers les légataires [1].

§ Ier. *Contre qui se donne cette action?*

245. Lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire, c'est contre lui que les légataires ont coutume de donner leur action en délivrance de leur legs; car, quoique ce soit l'héritier qui a été grevé du legs par le testateur, qui en soit proprement le vrai débiteur, on peut dire que l'exécuteur testamentaire l'est aussi; en acceptant l'exécution, et se mettant en possession des biens de la succession, il accède à l'obligation des héritiers, et s'oblige tacitement envers les légataires à payer, à la décharge des héritiers, les legs jusqu'à concurrence des biens dont il est saisi.

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, l'action peut se donner contre l'un d'eux.

La demande donnée par les légataires contre l'exécuteur testamentaire, doit être, par cet exécuteur, dénoncée aux héritiers qui sont tenus des legs; car ces héritiers sont les principales parties qui ont intérêt à discuter si le legs est dû ou non; c'est pourquoi l'exécuteur testamentaire doit avoir les délais nécessaires pour les mettre en cause.

L'héritier mis en cause consent ou conteste la demande du légataire: et si elle est trouvée juste, le juge saisit le légataire de son legs, condamne l'exécuteur à lui en faire délivrance, et déclare le jugement commun avec l'héritier.

246. Quoiqu'il y ait un exécuteur testamentaire, et que ce soit ordinairement contre lui que les légataires donnent leur demande; néanmoins, si un légataire l'avait donnée contre l'héritier, je ne pense pas qu'elle fût mal donnée, puisqu'il est le vrai débiteur des legs; mais l'héritier devrait avoir délai pour mettre en cause l'exécuteur, pour qu'il eût à en faire la délivrance à sa décharge, attendu qu'il est saisi des biens.

Lorsqu'il n'y a point d'exécuteur testamentaire, il est évident qu'en ce cas la demande ne peut être donnée que contre les héritiers, ou autres personnes qui ont été grevées, soit expressément, soit tacitement; elle peut aussi se donner contre les héritiers de ces personnes, et contre leurs ayants cause, c'est-à-dire, ceux qui leur succèdent dans la charge de la prestation du legs.

§ II. *Quels héritiers et quelles autres personnes sont tenus des legs, et pour quelle part chacun est-il tenu?*

247. Lorsque le testateur a grevé quelqu'un nommément de la prestation de quelque legs, il est évident qu'il n'y a que celui qu'il en a grevé qui en soit tenu, et que l'action *ex testamento* ne peut être donnée que contre lui.

S'il a grevé nommément plusieurs, chacun de ceux qu'il a grevés n'est pas tenu du legs solidairement, à moins que le testateur ne l'ait expressément ordonné; il n'est tenu que *in virilem*, c'est-à-dire, pour sa part personnelle et numérale, *putà* s'il a grevé deux personnes, chacune sera tenue du legs pour moitié; s'il en a grevé trois, pour son tiers, etc.

---

l'action personnelle et l'action hypothécaire de l'art. 1017, C. civ.

Art. 1017 : « Les héritiers du testa-« teur, ou autres débiteurs d'un legs, « seront personnellement tenus de l'ac-« quitter, chacun au prorata de la part « et portion dont ils profiteront dans « la succession. — Ils en seront te-« nus hypothécairement pour le tout, « jusqu'à concurrence de la valeur des « immeubles de la succession dont ils « seront détenteurs. »

[1] Art. 1017, 1er alinéa, *V.* la note précédente.

248. Cette décision a lieu, quand même l'un de ceux qui ont été ainsi nommément grevés du legs, succéderait à une plus grande portion dans les biens du testateur que l'autre; car ceux qui sont grevés nommément sont tenus des legs *in virilem*, et non *pro portionibus hæreditariis*.

Par exemple, si le testateur a laissé pour héritiers plusieurs frères qui succèdent seuls à ses biens féodaux, et plusieurs sœurs qui succèdent à ses autres biens concurremment avec ces frères, et qu'il ait chargé nommément un de ces frères et une de ces sœurs, d'un legs de mille écus qu'il a légués à un tiers, ils seront tenus de ce legs chacun pour une portion égale, c'est-à-dire, chacun pour moitié, quoique le frère soit héritier d'une plus grande portion des biens du testateur, que la sœur.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir exception à l'égard des legs d'un corps certain, auquel ceux qui sont nommément grevés du legs ont seuls succédé inégalement; car en ce cas, je pense qu'ils en doivent être tenus *non in virilem*, mais pour la part à laquelle chacun d'eux a succédé à l'héritage légué. Par exemple, si un testateur a chargé nommément son frère et sa sœur consanguins, du legs d'une métairie, acquêt dont ils étaient seuls héritiers, et qui était composée de terres féodales, auxquelles le frère succédait seul, à l'exclusion de sa sœur, chacun sera tenu de ce legs pour la part qui lui appartient en l'héritage légué, et par conséquent le frère qui y a une plus grande part, en sera tenu pour une plus grande part que sa sœur; car on ne doit pas présumer que la volonté du testateur ait été que la sœur achetât du frère ce qu'il avait de plus qu'elle dans l'héritage légué, pour contribuer pour moitié au legs.

249. Lorsque le testateur a légué, sans exprimer quelles personnes il chargeait de la prestation du legs, il faut distinguer entre les legs de corps certains de sa succession, et les autres legs.

Les legs qui ne sont pas de quelques corps certains de sa succession, tels que sont les legs d'*une certaine somme d'argent*, d'*une pension viagère*, d'*une chose indéterminée*, ceux qui ont pour objet *un fait*, etc., sont des charges de tous les biens disponibles de la succession, et par conséquent tous les héritiers et successeurs universels en sont tenus chacun pour la part en laquelle ils succèdent.

250. C'est une question controversée, si l'héritier aux propres doit contribuer avec l'héritier aux meubles et acquêts aux legs, par proportion à la valeur du total des propres auxquels il succède, ou seulement par proportion à la portion disponible de ces propres, c'est-à-dire dans nos coutumes, *au prorata* seulement du quint des propres?

Il y en a qui pensent qu'il doit contribuer à proportion de tous les biens auxquels il succède, la coutume ne lui donnant d'autre droit que de retenir la légitime des quatre quints qu'elle lui réserve, en abandonnant le surplus; tant qu'il ne l'abandonne pas, il n'a point de légitime, d'où ils concluent que tous les biens auxquels il succède, sont sujets à la contribution.

J'inclinerais pour le sentiment contraire; nos coutumes, en décidant que le testateur peut léguer jusqu'à la concurrence des meubles, acquêts et quint des propres, décident qu'il n'y a que ces biens qui soient disponibles; que le surplus ne l'est pas; d'où il suit que ces legs ne sont une charge que de ces biens, et non des autres; or, chacun ne doit contribuer à une charge de certains biens, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens qui y sont sujets, l'héritier aux propres n'ayant de part dans les biens disponibles qui sont sujets à la charge des legs, que dans le quint des propres, les quatre autres quints n'étant point disponibles, ni par conséquent sujets à cette charge; il ne doit contribuer qu'à proportion du quint [1].

---

[1] La solution que donne ici Pothier, nous paraît devoir s'appliquer, par identité de motifs, au cas prévu par l'art. 1013. V. ci-après. Le testateur n'a

251. A l'égard des legs d'un corps certain, ce sont ceux qui succèdent au corps certain qui a été légué, qui en sont seuls tenus, et chacun en est tenu pour la part pour laquelle il y succède.

Lorsque le legs est d'un corps certain, qui appartient à l'un des héritiers, l'héritier à qui la chose léguée appartient, est tenu pour le total envers le légataire; mais je pense qu'il peut demander à ses cohéritiers, qui succèdent avec lui à une même espèce de biens, qu'ils le récompensent chacun pour leur part, surtout dans les coutumes qui ne veulent pas qu'un héritier soit avantagé l'un plus que l'autre. Il en est autrement de ceux qui succèdent à une autre espèce de biens; par exemple, si quelqu'un a légué un corps certain qui appartient à l'un de ses héritiers aux meubles et acquêts, cet héritier peut bien demander récompense à ses cohéritiers qui succèdent avec lui aux meubles et acquêts, mais il ne pourra rien demander aux héritiers aux propres; car ils ne sont pas proprement ses cohéritiers.

252. Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à un étranger, et que le testateur savait appartenir à cet étranger, tous les héritiers et successeurs universels du testateur sont tenus de ce legs, chacun pour les mêmes portions pour lesquelles ils seraient tenus du legs d'une somme d'argent; car ce legs consiste dans la prestation de l'argent que vaut cet héritage.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel le testateur aurait cru que la chose léguée lui appartenait, et que le legs ne laisserait pas de valoir à cause de la qualité de la personne du légataire; car on peut dire qu'en ce cas, le testateur n'a eu d'intention de grever de ce legs, que ceux qui sont les héritiers à l'espèce de biens dont il croyait que la chose léguée faisait partie, et non pas ses héritiers à d'autres espèces de biens [1].

§ III. *Si lorsque l'héritier, ou autre qui a été grevé nommément de la prestation de quelques legs, ne recueille pas la succession, ou ce qui lui a été laissé, celui qui le recueille à sa place est tenu de ces legs?*

253. Par l'ancien droit romain, lorsqu'un héritier avait été grevé nommément de quelques legs, et qu'il ne recueillait pas la succession, celui qui la recueillait à sa place n'était point tenu de ces legs; cet héritier en ayant été nommément chargé, cette charge paraissait ne devoir pas pouvoir s'étendre à d'autres personnes.

---

disposé que d'une portion de sa quotité disponible, et il a fait cette disposition à titre universel. Par exemple un père pouvant disposer du quart de ses biens, a légué un huitième seulement, puis il a fait des legs particuliers; par qui seront ils payés et dans quelle proportion?

Le Code répond : « Que le légataire à titre universel séra tenu « d'acquitter les legs particuliers *par* « *contribution* avec les héritiers naturels.» — Mais de quelle *contribution* veut parler le Code? nous pensons que le rédacteur a voulu dire que la distribution de la quotité disponible doit servir de base pour fixer le paiement des legs particuliers; or, dans l'espèce le légataire d'un huitième se trouve légataire de la moitié de la quotité disponible, il doit donc payer la moitié des legs particuliers, l'autre moitié sera à la charge des héritiers qui, outre leur réserve, conservent l'autre huitième, qui était disponible. La raison est que la quotité disponible seule doit contribuer au paiement des legs. *V*, art. 1013, C. civ.

Art. 1013 : « Lorsque le testateur « n'aura disposé que d'une quotité de « la portion disponible, et qu'il l'aura « fait à titre universel, ce légataire « sera tenu d'acquitter les legs parti- « culiers par contribution avec les hé- « ritiers naturels. »

[1] *V*. l'art. 1021, ci-dessus, p. 269, note 1, a fait disparaître cette question et les précédentes.

Ce ne fut que par la constitution de Sévère, que la jurisprudence s'établit, que le substitué de cette personne en devait être tenu, le testateur étant présumé l'avoir substitué aux mêmes charges sous lesquelles il avait institué son premier héritier; car pourquoi aurait-il plus épargné et moins grevé le substitué que l'institué, qui doit être présumé avoir été plus cher au testateur que le substitué, puisque le testateur l'a préféré au substitué.

Depuis la constitution de Sévère, on a décidé pareillement que les cohéritiers auxquels accroissait la part de l'héritier grevé nommément de quelque legs, succédaient aussi à cette charge.

254. Notre droit français a suivi cette jurisprudence. Il est vrai que dans nos coutumes, nous n'avons point d'héritiers institués; mais, à l'exemple de ce qui est décidé par le droit romain à l'égard des héritiers institués nommément grevés de legs, on observe dans nos coutumes que, lorsque le légataire universel, lequel est en quelque façon *loco hæredis,* a été nommément grevé de legs particuliers, et qu'il ne recueille pas son legs universel, soit par le prédécès, soit par la répudiation qu'il en fait, le substitué de ce légataire universel, ou son colégataire qui le recueille à sa place, est tenu des legs et fidéicommis dont il avait été nommément grevé.

255. A l'égard des successions *ab intestat*, la loi 1, § 9, ff. *de Leg.* 3°, semble décider que les parents du degré suivant ne sont pas tenus des legs dont avait été chargé celui du degré précédent, à la place et par le défaut ou répudiation duquel ils recueillent la succession.

Mais, sans entrer dans les discussions de quelques interprètes modernes sur le texte de cette loi, il faut dire que, dans notre jurisprudence française, les parents du degré suivant, qui recueillent la succession à la place de celui du degré précédent, doivent être tenus des legs dont il avait été nommément chargé; car, la présomption est que le testateur a voulu que ces legs fussent dus par quelque personne que ce fût qui recueillerait sa succession, et qu'il n'a pas voulu épargner et grever moins des parents plus éloignés, qui lui étaient moins chers, que ses plus proches qu'il a nommément grevés; c'est l'avis de Ricard (*des Donations*, 3° part., ch. 4, sect. 7, n° 546).

256. A l'égard des légataires particuliers, si un légataire, qui avait été lui-même nommément chargé de legs ou fidéicommis envers d'autres, ne recueille pas, soit par son prédécès, soit autrement, le legs qui lui a été fait, l'héritier qui en profite, et pardevers qui la chose léguée demeure, est tenu des charges dont ce légataire avait été nommément chargé.

Que si ce légataire avait des colégataires, les lois romaines distinguaient *inter conjunctos re et verbis*, *et conjunctos re tantùm; inter conjunctos re et verbis pars deficientis accrescebat cum onere; inter conjunctos re tantùm, eo deficiente qui nominatìm gravatus erat, alter totum retinebat sinè onere.* Cette distinction est fondée sur des subtilités que notre droit n'a pas admises, et on doit décider indistinctement que le colégataire, qui recueille le legs entier, doit être tenu des charges dont avait été nommément chargé le colégataire, dont la part lui accroît. C'est l'avis de Ricard (*ibid.*, n° 548).

257. Le droit romain faisait une autre distinction que nous ne suivons pas. On distinguait le cas auquel celui qui avait été nommément grevé avait été utilement institué héritier, ou fait légataire, et par son prédécès, ou sa répudiation, n'aurait pas recueilli la succession ou le legs; et le cas auquel celui qui avait été nommément grevé aurait été dès le commencement inutilement institué héritier, ou fait légataire; au premier cas, celui qui succédait à sa place, ou pardevers qui la chose léguée demeurait, succédait aux charges; mais, dans le dernier cas, il n'en était pas tenu; car la disposition ayant été dès le commencement inutile, tout ce qui en faisait partie, et par conséquent les charges sous lesquelles elle avait été faite, paraissaient ne pouvoir pas subsister.

Dans notre droit français, on ne fait point cette distinction, et il faut tenir indistinctement que, quiconque recueille les biens, ou une partie des biens, ou quelque chose particulière, à la place d'un autre, est tenu des charges qui avaient été imposées à celui à la place de qui il succède, soit que la disposition faite au profit de celui à la place de qui il succède, eût été d'abord non valable, soit qu'elle ne fût devenue caduque que par la suite.

§ IV. *Quelle délivrance doit être faite au légataire?*

258. La délivrance que doit faire au légataire d'un corps certain l'héritier, ou autre successeur, qui est chargé de la prestation de ce legs, est une tradition de la chose léguée, qui en procure au légataire la libre possession et jouissance. *Debet legatarius in vacuam possessionem induci.*

De là il suit que, si la chose léguée se trouve être engagée, non seulement pour une dette de la succession, mais pour la dette d'un tiers, l'héritier est obligé de la dégager pour la délivrer au légataire [1] (L. 57, ff. *de Leg.* 1°. L. 6, Cod. *de fideicomm.*); car elle ne peut pas lui être délivrée sans cela.

L'héritier n'est néanmoins tenu à dégager la chose léguée, qui est obligée pour la dette d'un tiers, que dans le cas auquel le testateur savait qu'elle était engagée; il n'y est pas ordinairement tenu, lorsque le testateur l'ignorait, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui persuadassent que le testateur y aurait obligé son héritier, quand même il l'aurait su. *edd.* L.

Que si c'est une dette de la succession pour laquelle la chose léguée est engagée, il n'y a aucun doute que l'héritier doit indistinctement l'acquitter, puisqu'il est tenu des dettes de la succession.

Suivant le même principe, « que le légataire *debet induci in vacuam possessionem rei legatæ,* » les lois romaines décident que, lorsque la chose léguée se trouve grevée d'usufruit envers un tiers, le légataire peut demander que l'héritier qui est tenu de la prestation du legs rachète cet usufruit (L. 66, § 6, ff. *de Leg.* 2°); parce qu'autrement la chose ne peut être délivrée au légataire; *non potest legatarius in vacuam rei possessionem induci.*

259. Parmi nous, qui ne sommes point astreints à suivre en tout les décisions du droit romain, j'inclinerais assez à penser, que régulièrement l'héritier ne serait point obligé à racheter l'usufruit; il est vrai que la chose ne peut être délivrée au légataire, tant que l'usufruit subsistera; mais comme cet usufruit doit finir un jour, on doit présumer que l'intention du testateur a été que la chose léguée serait délivrée au légataire, lorsqu'elle pourrait l'être, c'est-à-dire lorsque l'usufruit serait fini, plutôt qu'on ne doit croire que le testateur a voulu charger son héritier du rachat de cet usufruit, qui, quoique possible en soi, souvent ne serait pas au pouvoir de l'héritier, l'usufruitier ne voulant pas toujours consentir à ce rachat; et c'est un principe tiré du droit romain même, que *nemo facilè præsumitur hæredem suum redemptione onerare velle.* L'héritier est bien obligé de dégager la chose léguée, lorsque le testateur a su que la chose était engagée, parce que le testateur a certainement voulu que la chose fût délivrée au légataire, et qu'elle ne peut jamais l'être, si elle n'est dégagée; mais comme l'usufruit est de nature à s'éteindre, la chose léguée pouvant être délivrée lorsqu'il sera fini, on ne peut pas de même assurer que le testateur a voulu que son héritier rachetât l'usufruit, parce qu'il a pu vouloir seulement que la chose fût délivrée au légataire, lorsque l'usufruit serait fini [2].

260. Si c'était l'héritier qui se trouvât avoir lui-même un droit d'usufruit dans la chose léguée, il y aurait en ce cas moins de difficulté à suivre la déci-

[1] *V.* art. 1020, C. civ., ci-dessus, p. 271, note 1.

[2] *V.* art. 1020, C. civ., ci-dessus, p. 271, note 1.

sion des lois romaines; *V.* L. 25, L. 76, § 2, ff. *de Leg.* 2°, qui veulent que l'héritier délivre incontinent la chose léguée, sans aucune rétention du droit d'usufruit qu'il y a; car, en ce cas, la délivrance est au pouvoir de l'héritier, et on ne le charge d'aucun rachat [1].

Il n'en est pas de même des autres servitudes, dont l'héritage légué se trouverait chargé, l'héritier n'est point obligé de les racheter, et il n'est obligé à délivrer l'héritage légué que tel qu'il est, et avec la charge de ces servitudes, soit qu'elles appartiennent à des tiers, soit qu'elles appartiennent à lui-même, car ces droits de servitudes n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in vacuam rei possessionem.* L. 66, § 6, L. 76, § 2, ff. *de Leg.* 2°.

261. Lorsqu'un héritage a été légué à l'Eglise (ce qui ne se peut plus depuis l'édit de 1749), les héritiers du testateur sont obligés d'acquitter le droit d'amortissement dû au roi, et le droit d'indemnité dû au seigneur, pour mettre l'Eglise en état de posséder cet héritage; c'est une conséquence du même principe, « que l'héritier doit introduire le légataire *in vacuam rei possessionem* [2]. »

Dans les donations entre-vifs, le donateur n'est pas obligé d'acquitter ces droits, si l'acte ne le porte, car ces actes étant de droit étroit, l'obligation d'acquitter ces droits ne peut s'y suppléer; le donataire doit s'imputer de n'avoir pas fait expliquer le donateur.

262. A l'égard des profits de rachat et autres semblables, et du droit d'insinuation et de centième denier dû pour raison du legs, soit que le legs soit fait à des particuliers, soit qu'il soit fait à l'Eglise, les héritiers chargés de la prestation du legs, n'en sont point tenus; c'est au légataire à les acquitter, ces droits étant des charges du fonds [3].

L'héritier n'est pas tenu non plus d'acquitter le droit de franc-fief, à la décharge d'un légataire roturier à qui le testateur a légué un fief.

263. L'héritier grevé du legs d'un corps certain, remplit son obligation en introduisant le légataire *in vacuam rei possessionem;* il n'est point, au surplus, obligé de le défendre des évictions qui pourraient survenir (L. 77, § 8, ff. *de Leg.* 2° *et passim*), à moins qu'il ne parût que telle eût été la volonté du testateur.

Lorsque le legs est d'un corps indéterminé, ou d'une quantité, l'obligation de l'héritier chargé de la prestation du legs, ne se borne pas à introduire le légataire en possession de la chose qu'il lui délivre, il doit lui en transférer une propriété irrévocable, et par conséquent il est tenu de la lui garantir, et de le défendre des évictions.

§ V. *En quel état la chose léguée doit-elle être délivrée?*

264. La chose léguée, lorsque c'est un corps certain, doit être délivrée en l'état qu'elle se trouve lors de la délivrance [4].

---

[1] A moins d'une disposition expresse du testateur, il faudrait aujourd'hui, même dans cette hypothèse, décider que l'usufruit de l'héritier continuerait de subsister, que le legs n'a pour objet que la nue propriété, qui seule appartient au testateur.

[2] L. 2 janvier 1817, art. 1er (ci-dessus, p. 264, note 1).—« Les droits d'en« registrement sont dus par le léga« taire.» Art. 1016, C. civ., il n'y a plus de droit d'amortissement ni d'indemnité au seigneur.

[3] *V.* art. 1016, C. civ.

Art. 1016 : « Les frais de la de« mande en délivrance seront à la « charge de la succession, sans néan« moins qu'il puisse en résulter de ré« duction de la réserve légale. » *V* la note précédente.

[4] *V.* art. 1018, C. civ.

Art. 1018 : « La chose léguée sera

Si elle est augmentée, le légataire profite de l'augmentation. Cela est indubitable à l'égard de l'augmentation naturelle. Par exemple, si l'héritage légué a été accru par alluvion, il n'y a pas de doute qu'il doit être délivré au légataire; tel qu'il est avec cet accroissement. L. 16, ff. *de Leg.* 3°.

265. Il en est de même des augmentations qui sont provenues du fait du testateur depuis le testament, la chose léguée doit être délivrée avec ces augmentations, soit qu'elles soient unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont des bâtiments construits sur un héritage légué (L. 39, *de Leg.* 2°), soit qu'elles y soient unies par une union de simple destination, tels que sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son testament, incorporés à la métairie qu'il a léguée [1], L. 24, § 2, ff. *de Leg.* 1°; L. 10, ff. *de Leg.* 2°.

Vice versâ, lorsque la chose léguée se trouve diminuée, ou détériorée depuis le testament, la perte tombe sur le légataire à qui il suffit de la délivrer en l'état qu'elle se trouve, soit que la diminution, ou détérioration, soit naturelle, soit qu'elle provienne du fait du testateur. L. 24, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

Que si elle provenait du fait, ou de la faute de l'héritier, ou autre personne chargée de la prestation du legs, le légataire en devrait être indemnisé par cette personne [2]. L. 24, § 4, ff. *de Leg.* 1°.

266. La personne grevée est tenue, à cet égard, de la faute ordinaire, *de levi culpâ*. L. 47, § 5, ff. *de Leg.* 1°.—Que si la personne grevée était un légataire particulier, qui fût chargé de rendre à un autre incontinent ce qui lui aurait été laissé, sans en retirer aucun émolument, il ne serait tenu que du dol et de la faute lourde, *de dolo et de latâ culpâ*. L. 108, § 2, ff. *eod. tit.*

L'héritier, ou autre personne grevée de la prestation du legs, est aussi tenu d'indemniser le légataire de la détérioration ou diminution de la chose léguée, lorsqu'elle est survenue depuis qu'il a été mis en demeure de la délivrer, (L. 108, § 11, ff. *de Leg.* 1°), ce qui n'a pas lieu indistinctement, mais seulement

---

« délivrée avec les accessoires néces-
« saires, et dans l'état où elle se trou-
« vera au jour du décès du dona-
« teur. »

[1] La décision de Pothier, nous paraît bien préférable à celle de l'art. 1019. C. civ., telle du moins qu'elle est donnée par la jurisprudence. Il nous semble en effet que lorsque le testateur a légué *sa métairie, sa ferme, son domaine de tel endroit*, il a entendu comprendre dans sa disposition ce domaine, cette métairie, en un mot cette unité collective, telle qu'elle se trouvera au jour de son décès; et par conséquent les nouvelles acquisitions, par achat ou échange, incorporées dans cette métairie, nous paraissent comprises dans le legs; dès lors il faudrait restreindre l'art. 1019, au cas du legs de *tel immeuble déterminé*, et non pas au cas du legs *de plusieurs immeubles* réunis sous une dénomination commune. Mais la jurisprudence n'admet point cette distinction.

Art. 1019 : « Lorsque celui qui a
« légué la propriété d'un immeuble,
« l'a ensuite augmentée par des ac-
« quisitions, ces acquisitions, fussent-
« elles contiguës, ne seront pas censées,
« sans une nouvelle disposition, faire
« partie du legs. — Il en sera autre-
« ment des embellissements, ou des
« constructions nouvelles faites sur le
« fond légué, ou d'un enclos dont le tes-
« tateur aurait augmenté l'enceinte. »

[2] *V.* art. 1042, C. civ.

Art. 1042 : « Le legs sera caduc, si
« la chose léguée a totalement péri
« pendant la vie du testateur. — Il en
« sera de même, si elle a péri depuis
« sa mort, sans le fait et la faute de
« l'héritier, quoique celui-ci ait été
« mis en retard de la délivrer, lors-
« qu'elle eût également dû périr entre
« les mains du légataire. »

dans le cas auquel le légataire n'aurait pas souffert cette perte, si la chose lui eût été délivrée lorsqu'il l'a demandée.

267. Lorsque la chose léguée est une chose indéterminée, ce que l'héritier délivre pour s'acquitter d'un tel legs, doit être une chose qui soit en bon état lorsqu'il la délivre, qui soit, comme l'on dit, *loyale et marchande* [1].

268. Le legs d'une certaine somme d'argent, comme *de* 2,000 *francs*, *de* 4,000 *francs*, n'est susceptible d'aucune augmentation ni diminution, car une somme d'argent est quelque chose d'invariable.

Il en est de même du legs de *tant d'écus*, comme de *dix écus*, de *cent écus*; car, selon l'usage ordinaire de parler dans ces phrases, on entend par *écu* une somme de trois livres qui est quelque chose d'invariable, et non pas la pièce de monnaie qui s'appelle aussi *écu*, et dont la valeur est sujette à variation.

269. Que si le testateur a légué *tant de louis d'or*, *putà une bourse de cent louis d'or*; en ce cas, ce n'est pas une somme qui est léguée, mais un certain nombre de louis d'or, dont la valeur peut augmenter ou diminuer, et comme, suivant nos principes, le légataire doit profiter de l'augmentation, ou souffrir de la diminution qui survient sur la chose léguée, si les louis sont augmentés ou diminués depuis le testament, le légataire profitera de l'augmentation, ou souffrira de la diminution, et l'héritier sera tenu de lui compter cent louis d'or, quel qu'en soit le prix, au temps du paiement qu'il en fera. Cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences*.

§ VI. *Quand la chose léguée doit-elle être délivrée ?*

270. Lorsque le legs n'est suspendu par aucune condition, et qu'il ne contient aucun terme qui en diffère l'exécution, l'héritier qui a pris qualité, ou qui a dû la prendre, doit délivrer au légataire la chose léguée aussitôt qu'il la demande. L. 32, ff. *de Leg.* 2°.

Cette règle ne s'observe pas tellement à la rigueur que le juge ne puisse accorder un délai convenable à l'héritier qui est grevé de la prestation du legs, lorsque le legs est d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose qui ne soit pas pardevers lui, pour qu'il puisse faire de l'argent, et se mettre en état d'acquitter le legs. L. 71, § 2, ff. *eod. tit.*

271. Lorsque le legs est d'un corps certain que l'héritier a pardevers lui, il ne peut ordinairement différer la délivrance ; il peut néanmoins se rencontrer quelque juste cause de la différer. Les lois 67 et 69, § 4, ff. *de Leg.* 1° en rapportent des exemples qui n'ont pas d'application parmi nous. On peut apporter pour exemple le cas auquel le testateur aurait légué à un tiers quelques meubles aratoires, nécessaires à l'exploitation d'une métairie de la succession, on doit accorder à l'héritier qui ne peut s'en passer, un délai pour qu'il puisse se pourvoir d'autres à la place de ceux dont la délivrance lui est demandée.

Si l'héritier avait fait quelques dépenses pour la conservation de la chose léguée, il ne serait pas obligé à la délivrer, que le légataire ne le remboursât préalablement de ce qu'il a déboursé. L. 58, ff. *de Leg.* 1°.

272. Lorsque le legs renferme quelque charge imposée au légataire, le légataire ne peut l'exiger qu'il ne soit prêt de satisfaire à la charge qui lui est imposée. L. 22, § 1er, ff. *de Alim. leg.*

273. Lorsque le testament est olographe, la délivrance des legs ne peut être demandée que le testament n'ait été reconnu par l'héritier, ou que sur

---

[1] *V.* art. 1022, C. civ.

Art. 1022 : « Lorsque le legs sera « d'une chose déterminée, l'héritier « ne sera pas obligé de la donner de « la meilleure qualité, et il ne pourra « l'offrir de la plus mauvaise. »

son refus de le reconnaître, la vérification en ait été faite; car il ne peut sans cela servir de fondement à la demande des légataires.

Mais si c'est un testament reçu par personne publique, il fait foi et la provision lui est due, quand même il serait attaqué de faux. L. 9, Cod. *de leg.*

§ VII. *Où la chose léguée doit-elle être délivrée?*

274. Lorsque le testateur ne s'est point expliqué par son testament, sur le lieu où se ferait la délivrance de la chose léguée; si c'est un corps certain, la délivrance s'en doit faire au lieu où se trouve la chose, le légataire l'y doit envoyer quérir à ses frais, à moins que ce ne fût par le dol de l'héritier qu'elle eût été transférée dans un lieu plus éloigné, auquel cas le légataire devrait être indemnisé de ce qu'il en coûterait de plus pour la voiture. C'est la décision de la loi 47, § 1er, ff. *de Leg.* 1°. *Si res alibi sit quàm ubi petitur, constat ibi esse præstandam ubi relicta est, nisi alibi testator voluit.... Sed si ab hærede translata dolo malo ejus, nisi ibi præstetur ubi petitur, hæres condemnandus est..... Si sinè dolo, ibi præstabitur quò transtulit.*

Que si le legs est d'une somme d'argent, ou de quelque chose indéterminée, le paiement s'en doit faire au lieu où la délivrance doit être demandée, *ubi petitur; eâd.* L. 47, § 1er, c'est-à-dire au lieu où la succession est ouverte [1].

§ VIII. *Des accessoires de la chose léguée, des fruits et intérêts.*

275. L'héritier doit délivrer avec la chose léguée, celles qui en sont les accessoires nécessaires; par exemple, si on m'a légué l'*usufruit d'un héritage* auquel on ne puisse aborder que par un autre héritage de la succession, l'héritier doit délivrer, avec l'usufruit de cet héritage, un passage par l'héritage par lequel il faut passer pour y aborder [2]. L. 2, § 2, ff. *Si ser. vind.*

Si on m'a légué une armoire, on me doit donner la clef, car c'est un accessoire nécessaire de l'armoire, et qui en fait partie. L. 52, § *fin.*, ff. *de Leg.* 3°.

On ne doit comprendre parmi les accessoires d'une métairie, ou d'une maison léguée, que ce qui en fait partie, et non pas les meubles et effets qui servent seulement à son exploitation [3], tels que *les bestiaux*, etc.

Mais les titres des héritages en sont un accessoire, et doivent être délivrés au légataire.

---

[1] *V.* art. 59, C. proc.

Art. 59 : « En matière de succession (le défendeur sera assigné), — « Sur les demandes entre héritiers, « jusqu'au partage inclusivement; — « Sur les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt, « avant le partage; — Sur les demandes « relatives à l'exécution des dispositions « à cause de mort, jusqu'au jugement « définitif, devant le tribunal du lieu « où la succession est ouverte.»

[2] *V.* art. 1018, C. civ., ci-dessus, p. 299, note 4.

[3] Ils sont aujourd'hui déclarés immeubles par destination, et par conséquent ils font partie de la métairie.

V. art. 524, C. civ. : « Les objets « que le propriétaire d'un fonds y a « placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par « destination; — Ainsi sont immeubles par destination, quand ils ont « été placés par le propriétaire pour « le service et l'exploitation du fonds: « — Les animaux attachés à la culture; « — Les ustensiles aratoires. — Les « semences données aux fermiers ou « colons partiaires; — Les pigeons des « colombiers; — Les lapins des garennes; — Les ruches à miel; — Les « poissons des étangs; — Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et « tonnes; — Les ustensiles nécessaires « à l'exploitation des forges, papeteries « et autres usines; — Les pailles et engrais. — Sont aussi immeubles par « destination, tous effets mobiliers que « le propriétaire a attachés au fonds à « perpétuelle demeure. »

La loi 102, § 3, ff. *de Leg.* 3° décide que le legs d'*une milice*, ou *office*, comprend aussi la somme nécessaire pour la réception, *onera et introitus militiæ ab hærede danda.* Je ne crois pas que, parmi nous, le legs d'un office comprenne les frais de la réception.

276. A l'égard des *fruits* des choses léguées, le légataire ne peut prétendre que ceux qui auraient été perçus depuis la demande en délivrance du legs; car, quoique le légataire soit fait propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier qui ignore si le légataire acceptera le legs, est juste possesseur de la chose jusqu'au temps de cette demande, et a droit en cette qualité d'en percevoir les fruits [1].

277. Ne doit-il pas au moins faire raison de ceux qui étaient pendants lors de l'ouverture du legs?

Ricard décide pour l'affirmative, parce que, dit-il, ces fruits faisaient partie de la chose léguée, *cùm fructus pendentes sint pars fundi*, et que l'héritage dépouillé de ces fruits, devient par là déprécié par le fait de l'héritier qui les a perçus; or, dira-t-on, l'héritier est tenu envers le légataire de ce dont la chose léguée a été dépréciée par son fait (Ricard, 2ᵉ part., ch. 3, n° 117).

Nonobstant ces raisons, je pense que l'héritier n'en doit point faire raison au légataire. Il est vrai que ces fruits faisaient partie de l'héritage légué, mais ils n'en faisaient partie qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils en fussent détachés.—La réponse à l'autre objection, est que l'héritier est à la vérité tenu de ce que la chose léguée est dépréciée par son fait, mais c'est lorsque c'est sans droit qu'il l'a fait; mais lorsqu'il a usé de son droit, la maxime n'a pas d'application; c'est pourquoi, quoique l'héritage légué, sur lequel les fruits étaient pendants, soit moins précieux, par la perception que l'héritier fait des fruits, l'héritier n'est pas tenu d'en faire raison au légataire, parce qu'ayant qualité pour les percevoir, il use de son droit en les percevant.

278. A l'égard des fruits perçus depuis la demande, ils appartiennent au légataire, en tenant compte à l'héritier des impenses par lui faites pour les faire venir; mais à l'égard de celles faites par le testateur, le légataire n'est tenu d'en faire aucune raison.

279. Lorsque le legs consiste dans quelque somme d'argent, les intérêts en sont dus au légataire du jour de sa demande, pourvu qu'il ne l'ait pas donnée avant que la somme fût exigible.

280. Quoique les fruits, ou les intérêts, n'aient pas été demandés par la demande de la chose, ou somme principale, ils ne laissent pas d'être dus du jour de cette demande, et non pas seulement du jour que le légataire y a depuis conclu; car ils sont dus par la demeure, et c'est du jour de la demande principale que l'héritier y a été constitué.

281. Lorsque le légataire s'est mis de son autorité privée, depuis le décès du testateur, en possession des héritages qui lui ont été légués, le refus qu'il fait à l'héritier de les restituer, et la contestation qu'il a avec cet héritier sur la validité du legs, n'équipollent pas à une demande en saisissement, et ne font pas gagner les fruits à ce légataire; c'est pourquoi, par arrêt du 16 mars 1717, déjà cité ci-dessus (n° 240), le légataire, qui s'était mis ainsi en possession, fut condamné à rendre à l'héritier tous les fruits qu'il avait perçus, jusqu'au jour de l'arrêt qui déclara le legs valable, et ordonna que les choses léguées lui resteraient.

Quoique les fruits et les intérêts ne soient régulièrement dus que du jour de la demande, néanmoins ils seront dus du jour du décès, si le testateur l'a or-

---

[1] V. art. 1014, C. civ., ci-dessus, p. 246, note 1.

donné ; en ce cas, ce n'est pas *ex morâ*, mais comme étant *per se* compris dans la disposition, qu'ils sont dus[1].

282. Lorsque la chose léguée n'est ni une chose qui produise des fruits, ni une somme d'argent, il n'est dû *regulariter* ni fruits ni intérêts *ex morâ ;* si cependant le légataire a souffert, ou manqué de gagner par le retard, il peut prétendre des dommages et intérêts.

§ IX. *En quel cas l'estimation de la chose léguée doit-elle être donnée au légataire à la place de la chose?*

283. Lorsque la chose léguée existe, et qu'elle est dans le commerce, et qu'il n'est pas au pouvoir de l'héritier de la délivrer au légataire, *putà* parce qu'elle appartient à un étranger qui ne veut pas la vendre, ou qui veut la vendre au del de son juste prix, l'héritier en ce cas est tenu de payer au légataire l'estimation de la chose léguée à la place de cette chose qu'il ne peut lui délivrer[2]. L. 14, § *fin.*, ff. *de Leg.* 3° *et passim.*

284. Cette estimation est pareillement due au légataire à la place de la chose, lorsqu'elle a péri par le fait de l'héritier, ou par sa faute, ou lorsqu'elle a péri depuis qu'il a été constitué en demeure de la délivrer, dans le cas auquel le légataire n'en aurait pas souffert la perte, si elle lui eût été délivrée aussitôt qu'il l'a demandée[3]. Hors ces cas, lorsque la chose léguée est périe, il n'est dû aucune estimation au légataire.

Ce qui a lieu, soit qu'elle appartînt au testateur, soit que ce fût la chose d'autrui, et, en ce cas, l'héritier profite de l'extinction de la chose léguée, car il est déchargé de l'obligation de la racheter. L. 114, § 19, ff. *de Leg.* 1°.

285. Pareillement il n'est dû aucune estimation de la chose au légataire, lorsqu'elle a cessé d'être dans le commerce, comme si un terrain légué avait été pris pour faire le grand chemin, ou pour faire une place de ville, car c'est la même chose, qu'une chose n'existe pas, ou ne soit plus dans le commerce.

Si néanmoins l'héritier avait reçu quelque indemnité pour cela, il en devrait faire raison au légataire[4] (*Arg.* L. 78, § 1er, ff. *de Leg.* 2°); car le légataire en étant devenu propriétaire, c'est à lui à qui en doit appartenir le prix, dont le remboursement a été ordonné.

286. Il n'est dû pareillement au légataire aucune estimation de la chose léguée, lorsqu'elle a été volée à l'héritier sans sa faute, car ou on sait entre les mains de qui elle est, et le légataire peut, en ce cas, la revendiquer, ou on ne sait pas ce qu'elle est devenue, et, en ce cas, c'est tout comme si elle n'existait pas.

ART. II. — Des autres actions des légataires.

§ 1er. *De l'action en revendication.*

287. Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartenait au défunt, le légataire en étant fait le propriétaire par la loi civile, il suit de là qu'outre

---

[1] *V.* art. 1015, C. civ.

Art. 1015 : « Les intérêts ou fruits « de la chose léguée courront au profit du légataire, dès le jour du décès, « et sans qu'il ait formé sa demande « en justice : — 1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa « volonté, à cet égard, dans le testament ;—2° Lorsqu'une rente viagère « ou une pension aura été léguée à titre d'aliments. »

[2] *V.* art. 1021, C. civ., ci-dessus, p. 269, note 1.

[3] *V.* art. 1042, C. civ., ci-dessus, p. 300, note 2.

[4] Il faut supposer que l'expropriation pour cause d'utilité publique a eu lieu depuis le décès du testateur.

l'action personnelle *ex Testamento*, qu'il a contre l'héritier pour se le faire délivrer et en obtenir la possession; il a aussi l'action de revendication, qui appartient à tout propriétaire, contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient[1].

Il faut observer que, selon notre droit français, lorsque la chose léguée se trouve en la possession d'un tiers détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de son legs par l'héritier, ou autre successeur grevé de la prestation du legs; c'est ce qui nous est attesté par Automne sur le tit. 43, lib. 6, Cod. *comm. de leg.*, et par Bacquet, *Traité des Droits de justice* (ch. 8, n° 24).

§ II. *De l'action hypothécaire.*

288. Justinien a accordé par sa constitution une hypothèque aux légataires sur les biens du testateur, auxquels auraient succédé les héritiers grevés de la prestation des legs.

Quoique Automne dise que cette loi n'est pas suivie en France, néanmoins elle y est suivie, et tout ce en quoi notre droit français diffère à cet égard du droit romain, c'est que, par notre droit français, le légataire ne peut intenter les actions de revendication et hypothécaires, qu'il ne se soit fait saisir de son legs avec l'héritier.

289. Cette hypothèque a lieu quand même le testament n'aurait pas été reçu par un notaire, et serait un simple testament olographe; car c'est la loi qui la donne. Cette hypothèque n'a lieu sur la part des biens du testateur auquel chaque héritier succède, que pour la part dont cet héritier est tenu du legs. La loi 1, Cod. *comm. de leg.*, qui établit cette hypothèque le décide expressément; *in tantùm hypothecariâ unumquemque volumus conveniri, in quantùm personalis actio adversùs ipsum competit;* en cela, les legs diffèrent des dettes de la succession, et la raison de différence en est évidente. Le défunt qui a contracté les dettes, en ayant été débiteur pour le total, a hypothéqué tous et chacun ses biens au total desdites dettes; chaque portion de ses biens qui passe à chacun de ses héritiers se trouve donc hypothéquée au total desdites dettes; mais le défunt n'a jamais été le débiteur des legs qu'il a faits, l'obligation ne commence que dans les personnes de ses héritiers, elle a été divisée dès le commencement, le testateur a hypothéqué les biens qu'il laissait à chacun d'eux, aux charges qu'il leur imposait; mais comme il ne chargeait chacun d'eux de la prestation des legs que pour la part qu'il lui laissait dans ses biens, il n'a entendu hypothéquer cette part de ses biens qu'il leur laissait qu'à la part des legs dont il les chargeait.

Notre sentiment, qui est fondé dans le texte même de la loi, est aussi celui de Ricard et des meilleurs auteurs. Bacquet et Renusson sont d'avis contraire; ils ne l'appuient d'aucune raison solide. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque sur lequel ils se fondent n'a aucune application; il est vrai que, lorsque des biens d'un débiteur du total de la dette ont été une fois obligés au total de la dette, chaque partie desdits biens ne cesse pas d'être obligée au total de la dette par le partage qui s'en fait; mais, dans notre espèce, la part à laquelle chacun des héritiers a succédé, n'a jamais été hypothéquée au total du legs; elle ne l'a été qu'à la part dont cet héritier en a été chargé, et par conséquent elle n'est hypothéquée que pour cette part; de même que, lorsque deux personnes s'obligent sans solidité à une dette par un acte qui emporte hypothèque, les biens de chacun ne sont hypothéqués que pour la part pour laquelle chacun d'eux s'oblige[2].

---

[1] *V.* art. 711, C. civ., ci-dessus, p. 290, note 2.

[2] Tout ce que dit Pothier sur cette question est d'une évidence palpable.

290. L'hypothèque que la loi accorde aux légataires n'est que sur les biens du testateur, et non sur ceux des héritiers ; le testateur ne peut pas hypothéquer les biens de ses héritiers, car on ne peut hypothéquer le bien d'autrui ; les légataires ne peuvent donc acquérir d'hypothèque sur les biens des héritiers que par la sentence de saisissement de legs, ou par un acte par-devant notaire par lequel les héritiers se seraient obligés à la prestation du legs.

L'action hypothécaire, qui naît de l'hypothèque que la loi accorde sur les biens du défunt, peut s'intenter contre des tiers qui auraient acquis des héritiers des biens de la succession, mais le légataire, pour pouvoir l'intenter, doit au préalable se faire saisir de son legs avec les héritiers.

CHAPITRE VI.

De l'extinction des legs, et du droit d'accroissement.

291. L'extinction des legs est ou *générale* par la rupture et destruction du testament où ils sont renfermés, ou *particulière* à l'égard de quelque legs.

Elle arrive aussi, ou *de la part du testateur*, ou *de la part du légataire*, ou *de la part de la chose léguée*, ou *par le défaut de la condition sous laquelle le legs a été fait.*

SECT. Ire. — DE L'EXTINCTION GÉNÉRALE DES LEGS, PAR LA RUPTURE OU DESTRUCTION DU TESTAMENT DANS LEQUEL ILS SONT RENFERMÉS.

292. Par le droit romain, un testament pouvait se rompre de deux manières : — 1° par un testament postérieur ; — 2° par la survenance de quelque enfant dans la famille du testateur, qui se trouvât n'être ni institué héritier, ni exhérédé. Cette rupture de testament, soit de l'une, soit de l'autre manière, entraînait l'extinction des legs et fidéicommis, et généralement de tout ce qui y était contenu.

Ces deux espèces de rupture de testament n'ont pas lieu dans nos provinces coutumières.

293. Nos testaments ne contenant point d'institution d'héritier, et n'étant autre chose que ce qu'étaient par le droit romain les codicilles ; de même que par le droit romain, une personne pouvait faire plusieurs codicilles en différents temps, qui étaient valables en ce qu'ils n'avaient rien de contraire ; de même, par notre droit français, un premier testament n'est point rompu par un testament postérieur, à moins que le testateur n'ait déclaré par le testament postérieur, *qu'il révoquait les précédents ;* l'un et l'autre subsistent ensemble dans ce qu'ils n'ont rien de contraire. A l'égard des dispositions contenues dans le premier testament, qui se trouveraient contraires à quelques-unes de celles qui se trouvent dans le second, elles sont censées révoquées par celles du second [1].

---

néanmoins les rédacteurs du Code civil, se sont écartés de cette doctrine, art. 1017 (*V.* ci-dessus, p. 293, note 2). « Ils (les héritiers) en seront tenus (du « legs) hypothécairement *pour le tout,* » décision dont il serait difficile de donner des raisons satisfaisantes.

Quant à la disposition finale du même article : « *Jusqu'à concurrence « des immeubles de la succession « dont ils seront détenteurs.* » C'est une redondance bien inutile.

[1] *V.* art. 1036, C. civ., ci-dessus, p. 226, note 2.

294. Pareillement, notre droit coutumier n'exigeant point, pour la validité des testaments, que les enfants du testateur soient institués héritiers, ou exhérédés ; la naissance d'un enfant né depuis le testament, qui se trouve prétérit, ne rompt pas précisément par sa prétérition le testament de son père.

Néanmoins, si une personne faisait son testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume qui naîtrait pourrait faire déclarer nul le testament de son père, non précisément à cause de sa prétérition, qui n'est point un vice dans nos testaments, mais par une conjecture de la volonté du testateur ; on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son testament que parce qu'il croyait n'avoir point d'enfant, et qu'il ne les aurait pas faits, s'il eût su qu'il lui en surviendrait. Cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, fait supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits de la condition, *s'il mourait sans enfants* [1] ; c'est ce que décide la loi 36, § 2, ff. *de Test. milit.*, à l'égard d'un testament militaire, dans lequel il n'était pas nécessaire d'instituer ou exhéréder ses enfants.

La loi 33, § 2, ff. *eod. tit.*, le décide même dans le cas auquel l'enfant serait survenu depuis le testament, du vivant du testateur.

295. Mais comme ce n'est pas la prétérition par elle-même, mais la conjecture de la volonté du testateur, qui fait en ce cas annuler le testament, il suit de là :—1° qu'on doit, en annulant le testament en ce cas, excepter et conserver certains legs modiques faits à des domestiques, ou autres personnes à qui le testateur aurait vraisemblablement légué, quand même il aurait prévu la naissance du posthume. Il suit de là :—2° que, si le testateur a donné quelques marques que sa volonté était que son testament fût exécuté, nonobstant la naissance de cet enfant, il doit l'être, sauf la légitime de cet enfant.

Cette volonté paraît, si, depuis la naissance de cet enfant, son testament lui a passé par les mains, s'il y a fait quelque apostille, quelque addition ; car, c'est une marque non équivoque qu'il a persévéré dans la même volonté, nonobstant la naissance de cet enfant.

296. Les manières dont les testaments, selon le droit romain, étaient infirmés *per capitis diminutionem testatoris*, ou bien *non aditâ hæreditate*, ne peuvent être non plus en usage parmi nous ; car nous n'avons point d'institution d'héritier, de l'effet de laquelle dépendent les autres dispositions du testament, et il n'y a point non plus d'autre changement d'état en la personne du testateur qui infirme son testament, que la mort civile, qui résulte d'une condamnation à peine capitale.

Si le condamné à peine capitale avait depuis recouvré la vie civile par des lettres d'abolition, son testament vaudrait.

SECT. II.—DE L'EXTINCTION DES LEGS DE LA PART DU TESTATEUR.

297. Les legs et toutes les dispositions testamentaires s'éteignent de la part du testateur, lorsqu'il est condamné à une peine capitale, qui lui fait perdre la vie civile et emporte la confiscation de ses biens ; c'est ce que nous avons vu en la section précédente [2].

Ils s'éteignent aussi de la part du testateur, par la révocation qu'il en fait.

Quoique le testateur ait de son vivant exécuté d'avance le legs qu'il avait fait,

[1] Quelque favorable que soit cette présomption, il faudrait des circonstances bien graves, pour admettre, dans le silence de la loi et du testateur, la décision que donne Pothier. Ce serait créer une condition.

[2] *V.* art. 25, C. civ. (ci-dessus, p. 259, note 1).

n délivrant au légataire la chose léguée, le legs ne laisse pas d'être révocable par la pure volonté du testateur.

Mais il faut qu'il soit constant que le testateur, en délivrant au légataire la chose léguée, n'a entendu qu'exécuter d'avance le legs qu'il lui avait fait, et non pas lui faire une donation entre-vifs de la chose qu'il lui avait léguée.

298. La révocation est, ou *générale*, lorsque le testateur révoque le testament, ou les legs et autres dispositions testamentaires qui y sont contenues, ou *particulière*, lorsque le testateur révoque un certain legs ou autre disposition particulière. Cette révocation est *expresse* ou *tacite*.

La révocation générale ne s'étend pas au legs que le testateur aurait exécuté de son vivant, il faut, pour le révoquer, une révocation particulière et spéciale. Arrêt de 1675 (18 juin), chez Soefve, t. 2, centurie 4, ch. 90.

Nous examinerons enfin si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer ses dispositions.

§ Ier. *De la révocation expresse, et de ce qui est nécessaire pour qu'elle soit valable.*

299. La révocation est *expresse*, lorsque le testateur a déclaré expressément par quelque acte que ce soit, pourvu qu'il soit par écrit, qu'*il révoque son testament*, ou qu'*il révoque un tel legs*, ou *une disposition particulière* [1].

Par le droit romain, un testament ne pouvait être révoqué que par un autre testament qui fût solennel. Par notre droit français, nos testaments n'étant autre chose que ce qu'étaient les codicilles d'un homme *intestat*, qui pouvaient se révoquer *nudâ voluntate*, nos testaments peuvent aussi se révoquer par la nue volonté du testateur, pourvu qu'elle soit constatée par un acte par écrit; sans qu'il soit nécessaire que l'acte qui contient la révocation soit revêtu des formes des testaments; c'est pourquoi, si un testateur déclare, par un acte devant notaire, qu'*il révoque son testament*, ou *une telle disposition de son testament*, quoique l'acte qui contient cette révocation, ne soit pas revêtu des formalités des testaments, la révocation ne laisse pas d'être valable. Il peut aussi faire cette révocation par un acte écrit, ou seulement signé de sa main [2].

---

[1] *V.* art. 1035, C. civ.

Art. 1035 : «Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.»

[2] Si l'acte, non notarié, était écrit par un autre et seulement signé de la main du testateur, il est évident qu'il ne pourrait révoquer, car il ne serait ni *testament, ni acte notarié.*

Que si cet acte contenant seulement l'expression de la volonté de révoquer était en entier écrit et signé de la main du testateur, on peut soutenir que c'est un testament olographe, et par conséquent que la révocation est légalement exprimée : toutefois, cette décision, donnée par plusieurs auteurs, n'est pas sans difficulté. Un testament se compose de deux éléments ; 1° la forme légale ; 2° le fond ou la disposition de biens. Dans l'acte dont il s'agit, nous trouvons la forme puisqu'il est supposé écrit en entier de la main du testateur, daté et signé ; mais y trouvons-nous également *le fond* ou la disposition de biens? Oui, répondent certains auteurs, car révoquer son testament c'est disposer de ses biens autrement qu'avant la révocation, c'est rappeler à la succession les héritiers *ab intestat*, c'est un nouvel arrangement, un nouvel ordre dans ses affaires, une nouvelle disposition. S'il est ainsi, il faut accuser d'inconséquence le législateur du Code civil : car, dans cette manière de raisonner, le testateur qui paraît devant un notaire pour révoquer sim-

De là il suit que, quoiqu'un second testament, qui contient une clause de révocation du premier, soit nul dans la forme, le premier ne laisse pas d'être révoqué par cette clause; car la révocation des testaments pouvant se faire *nudâ voluntate*, quoique le second testament, qui contient la clause de révocation, ne soit pas revêtu des formalités nécessaires pour la rendre valable, il doit au moins être valable pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à ces formalités [1].

Au reste, la révocation doit être par écrit; il serait trop dangereux de faire dépendre les dernières volontés du testateur du témoignage de témoins qu'on pourrait suborner pour assurer qu'il les a révoquées; on n'admet pas même la preuve testimoniale qu'il y a un acte par écrit de révocation, lorsqu'il n'en paraît aucun, arrêt dans Soefve (du 2 juin 1654, t. 1, centurie 4, ch. 71), mais la preuve du fait de suppression peut être admise; on peut même prendre pour cela la voie criminelle.

300. Pour que la révocation expresse d'un legs particulier soit valable, il faut que la personne que le testateur a déclarée qu'il privait de ce legs, soit la même personne à qui il l'a laissé. *Legatum nulli alii adimi potest, quam cui datum est.* L. 21, ff. *de Adim. leg.* C'est pourquoi si le testateur, après avoir légué une certaine somme au fils de Pierre, s'exprimait ainsi dans un acte postérieur : *Je prive Pierre du legs que j'ai fait à son fils*, le legs ne serait point révoqué; *eâd.* L. 21.

Par la même raison, si le testateur, qui a légué à ma femme, déclare par la suite qu'il me prive de ce legs, le legs ne sera pas révoqué; mais cette disposition pourra s'entendre en ce sens, qu'il fait ce legs, à la charge qu'il n'entrera pas dans la communauté de biens qui est entre ma femme et moi.

301. Il faut, pour que la révocation d'un legs soit valable, que la chose dont le testateur déclare qu'il prive le légataire, soit la même chose qu'il lui avait léguée, ou qu'elle en fasse partie. C'est pourquoi, si celui qui m'a légué *l'usufruit d'un tel héritage*, déclare par un autre acte qu'*il révoque le droit de passage qu'il m'a légué par cet héritage*, cette révocation sera de nul effet, parce que ce droit de passage est une chose différente, et qui ne fait point partie de ce qu'il m'a légué. L. 3, § 6, ff. *de Adim. leg.*

Que si celui qui m'a légué un héritage déclare qu'*il révoque le legs qu'il m'a fait pour la propriété*, ou bien qu'*il le révoque pour l'usufruit*, la révocation sera valable dans le premier cas, pour la nue propriété, et je n'en pourrai prétendre que l'usufruit; et, dans le second cas, elle sera valable pour l'usufruit, et je ne pourrai prétendre que la nue propriété, en laissant l'usufruit à l'héritier. (L. 2, *ppio*, et § 1, ff. *eod. tit.*), car ces choses font en quelque façon partie de ce qui m'a été légué, le legs d'un héritage comprenant la propriété et l'usufruit. *Ususfructûs pars fundi esse videtur.*

Si celui qui m'a légué *soixante livres* déclare qu'*il révoque le legs de quatre-vingts livres* qu'il m'a fait, la révocation est valable; car les soixante livres qu'il m'a léguées sont comprises dans la somme de quatre-vingts. L. 3, § 5, ff. *eod. tit.*

---

plement son testament, ferait par cela même un testament par acte public, le législateur aurait donc dû exiger toutes les solennités du testament et ne pas se contenter, comme il l'a fait, d'un simple acte notarié ordinaire. (Art. 1035, C. civ., *V.* ci-dessus, note 1.)

[1] Remarquons bien que Pothier pose en principe que la révocation du testament peut se faire *nudâ voluntate*, sans formalités, seulement il exige un écrit. Le Code (art. 1035, *V.* ci-dessus, p. 308, note 1) ne nous permet plus d'admettre le principe de Pothier. La révocation expresse est actuellement assujettie à des formes; elle doit être faite par acte notarié, ou se trouver dans un testament postérieur et régulier, dont elle est une partie, mais elle ne le constitue pas à elle seule.

Si celui qui m'a légué indéterminément *un volume de sa bibliothèque*, déclare qu'*il ne me lègue point son corps de droit*, la révocation est valable, à l'effet que je ne puisse choisir le corps de droit. LL. 11 et 12, ff. *eod. tit.*

§ II. *De la révocation tacite.*

302. La *révocation tacite* se présume en plusieurs cas :

1° Lorsqu'un testateur, par un testament postérieur, lègue à quelqu'un une partie de ce qu'il lui avait légué par un précédent, il est censé avoir tacitement révoqué le legs pour le surplus. L. 20, ff. *de Instr. vel instrum. legato.*

Suivant ce principe, si un testateur, par un premier testament, avait légué à son débiteur *la remise de tout ce qu'il lui doit*, et que, par un second, il déclare qu'*il lui fait remise de tous les intérêts qu'il lui devra au jour de sa mort*, il est censé avoir révoqué le legs de la remise du principal. L. 28, § 5, *de liber. leg.*

2° Lorsqu'un testateur lègue par un second testament la même chose qu'il avait léguée par un précédent testament, à une autre personne; si quelques circonstances concourent, on présumera facilement que le testateur, par le legs porté au second testament, a tacitement révoqué celui fait par le premier testament. Un exemple de circonstance, qui peut en ce cas faire présumer la révocation du legs porté au premier testament, c'est si le testateur, par le second testament, lui lègue d'autres choses à la place.

Que s'il n'y a aucune circonstance qui concoure pour établir cette présomption, le legs fait par un second testament, de la même chose qui a été léguée par un premier testament à une autre personne, n'emporte point la révocation de celui porté au premier testament, et l'un et l'autre légataires sont admis au legs de cette chose, et sont entre eux ce qu'on appelle *conjuncti re tantùm;* dont nous parlerons par la suite [1].

Lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur, en léguant à une seconde personne la même chose qu'il avait léguée à une première, a eu intention de révoquer le legs fait à la première personne, cette révocation du premier legs a lieu, quand même le second n'aurait eu aucun effet, ou même aurait été fait à un incapable [2]. L. 34, ff. *de Leg.* 1°.

Si néanmoins le second avait été fait sous une condition, le testateur sera présumé n'avoir voulu révoquer le premier que sous cette condition, à moins que quelques circonstances ne fissent connaître qu'il a voulu le révoquer absolument. L. 7, ff. *de Adim. leg.*

3° Lorsque le testateur a barré ou raturé son testament, en tout ou partie, il est censé avoir tacitement révoqué les dispositions qu'il a barrées. *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur.* L. 16, ff. *de Adim. leg. passim tit. de his quæ in test. del.*

4° L'aliénation que le testateur fait, à quelque titre que ce soit, d'une chose qu'il avait léguée, renferme une révocation du legs qu'il en avait fait, de telle manière que le légataire ne peut la prétendre, à moins qu'il ne prouve par

[1] Nous pensons au contraire qu'on doit décider qu'il y a révocation, car il y a incompatibilité entre les deux dispositions (art. 1036, C. civ.; *V.* ci-dessus, p. 226, note 2); leur exécution simultanée et intégrale n'est pas possible; la décision de Pothier ne nous paraît vraie que lorsque les deux dispositions sont dans le même testament.

[2] L'intention de révoquer est manifeste. *V.* art. 1037, C. civ.

Art. 1037 : « La révocation faite « dans un testament postérieur aura « tout son effet, quoique ce nouvel « acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du « légataire, ou par leur refus de re- « cueillir »

quelques circonstances que le testateur a conservé la volonté de la lui léguer, ou du moins, que ç'a été sa dernière volonté[1]. L. 15, ff. *de Adim. leg.*

Quand même l'aliénation ne serait pas valable, elle ne laisserait pas de renfermer la révocation tacite du legs. Par exemple, si un mari donnait pendant le mariage à sa femme la chose qu'il a léguée à quelqu'un, cette donation, quoique nulle, ne laisserait pas de faire réputer le legs révoqué; L. 24, § 1, ff. *de Adim. leg.* Par la même raison, si une femme mariée vend ou donne, sans l'autorité de son mari, la chose qu'elle a léguée, cet acte, quoique nul, ne laissera pas d'être suffisant pour faire présumer le legs révoqué.

Mais, pour que l'aliénation de la chose léguée renferme la tacite révocation du legs, il faut que le testateur l'ait fait de son plein gré, sans que rien l'obligeât de le faire, c'est pourquoi, si le testateur a vendu, dans quelque cas de nécessité urgente, la chose qu'il avait léguée, on ne présumera point dans le testateur la volonté de révoquer le legs, et ce sera à l'héritier qui en est grevé à la prouver[2]. L. 11, § 12, ff. *de Leg.* 3°.

Par la même raison, si le testateur qui avait légué la part indivise qu'il avait dans une maison, a aliéné cette part par une licitation à laquelle il a été provoqué, le legs ne devra pas être censé révoqué[3].

Observez aussi qu'un simple engagement, que le testateur ferait de la chose léguée, ne doit pas faire présumer la révocation du legs; *Pauli sententiæ* (liv. 3, tit. 6, § 16). La raison est que le testateur, comptant en ce cas recouvrer la chose qu'il ne fait qu'engager, cet engagement n'a rien de commun avec la volonté de la laisser après sa mort au légataire.

Par la même raison, je pense qu'une vente faite, sous faculté de réméré, ne doit pas faire présumer la révocation du legs de la chose, ainsi vendue, d'autant même que ces ventes sont faites *ex causâ alicujus urgentis necessitatis*[4].

5° De grandes inimitiés survenues depuis le testament, entre le testateur et le légataire, font présumer la révocation du legs; L. 3, § 11, L. 22, L. 31, § 2, ff. *de Adim. leg.*, à moins qu'il n'y eût eu entre eux une réconciliation parfaite; L. 4, ff. *eod. tit.*, mais une légère brouillerie, un petit refroidissement, ne donnent pas lieu à cette présomption[5].

On doit aussi avoir égard à la qualité de la personne du légataire; si le léga-

---

[1] *V.* art. 1038, C. civ.

Art. 1038 : « Toute aliénation, celle « même par vente avec faculté de ra- « chat ou par échange, que fera le « testateur de tout ou de partie de la « chose léguée, emportera la révoca- « tion du legs pour tout ce qui a été « aliéné, encore que l'aliénation pos- « térieure soit nulle, et que l'objet « soit rentré dans la main du testa- « teur. »

[2] Il nous semble que l'article 1038, (*V.* la note précédente), doit être entendu en ce sens : la volonté d'aliéner emporte la volonté de révoquer ; donc si l'acte était rescindé pour cause d'erreur ou de violence, il n'y aurait pas eu volonté d'aliéner, donc il n'y aurait pas eu révocation.

[3] Il faudrait dire aujourd'hui que le testateur se trouverait avoir légué la chose d'autrui, et par conséquent le legs ne pourrait avoir d'effet.

[4] L'article 1038, C. civ., décide le contraire. *V.* ci-dessus, note 1.

[5] *V.* art. 1046 et 955, § 1° et 2°.

Art. 1046 : « Les mêmes causes qui, « suivant l'art. 954 (inexécution des « conditions imposées) et les deux pre- « mières dispositions de l'art. 955 (*V.* « ci-après), autoriseront la demande « en révocation de la donation entre- « vifs, seront admises pour la demande « en révocation des dispositions tes- « tamentaires. »

Art. 955 : « La donation entre-vifs « ne pourra être révoquée pour cause « d'ingratitude que dans les cas sui- « vants : — 1° si le donataire a attenté « à la vie du donateur ;— 2° S'il s'est « rendu coupable envers lui de sévi- « ces, délits ou injures graves.

taire n'avait d'autre titre que celui d'ami du testateur, pour avoir mérité le legs qui lui a été fait, l'inimitié survenue depuis, fait facilement présumer la révocation de ce legs; mais si le légataire était l'un des enfants du testateur, ou son plus proche parent en collatérale, ou son insigne bienfaiteur, on ne présumera pas si facilement la révocation du legs; car, en ce cas, on peut croire que, si le testateur n'a pas révoqué le legs, c'est qu'il a été plus sensible aux liens du sang, ou aux bienfaits reçus qui lui rendent chère la personne du légataire, qu'à l'offense, qu'on présume qu'il lui a pardonnée.

Suivant ce principe, le legs fait à un domestique doit être censé révoqué si le testateur, depuis, l'a chassé de chez lui par mécontentement [1].

Il en serait autrement s'il en était sorti, parce qu'il n'était plus en état de servir, ou qu'il eût demandé son congé pour prendre un établissement de l'agrément de son maître.

6° Lorsqu'il est évident que le testateur a été porté à faire le legs par un motif unique qui vient à cesser, le legs est présumé révoqué. La loi 25, ff. *de Adim. leg.*, en contient un exemple :—Un testateur avait légué un héritage à l'un de ses héritiers, et il avait légué à l'autre de ses héritiers une créance jusqu'à concurrence de la valeur du prix de l'héritage qu'il avait légué au premier : le legs fait au premier ayant été depuis révoqué par l'aliénation volontaire que le testateur avait faite de l'héritage, le jurisconsulte décide que celui fait au second doit être aussi présumé révoqué, parce qu'il est évident que le testateur ne le lui avait fait que pour l'égaler au premier héritier, et que ce motif pour lequel ce legs lui avait été fait, étant venu à cesser par l'extinction du legs fait au premier, le legs fait au second, devait être présumé révoqué [2].

La loi 30, § 2, ff. *eod. tit.*, en contient un autre exemple à l'égard d'un legs fait par le testateur à une personne, pour récompense du soin dont il le chargerait de faire conduire son corps dans un certain lieu de sépulture ; ayant depuis déclaré son changement de volonté sur cette sépulture, le jurisconsulte décide que le legs doit être présumé révoqué.

Suivant ces principes, si le testateur avait fait un legs à son exécuteur testamentaire, et que par un autre acte, il en nommât à sa place un autre, on pourrait présumer qu'il aurait révoqué le legs qu'il lui avait fait en considération et pour récompense de l'exécution dont il le chargeait.

§ III. *Si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer les legs qu'il a faits, et les autres dispositions testamentaires.*

303. Les legs et autres dispositions testamentaires étant, par leur nature, des ordonnances de dernière volonté, et par conséquent étant essentiellement ce que le testateur est censé avoir librement voulu au dernier instant qu'il a cessé de vouloir ; il suit de là qu'il est de leur essence que ces dispositions soient toujours révocables, et que le testateur ne peut par conséquent s'interdire la faculté de les révoquer. *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut à priore ei recedere non liceat.* L. 22, ff. *de Leg.* 3°.

La promesse que le testateur ferait de ne pas révoquer un legs, serait donc nulle, soit qu'elle fût faite par testament, soit qu'elle fût faite par quelque acte postérieur.

Cela a lieu, quand même il l'aurait confirmée par le serment ; car le serment qui est employé pour confirmer la promesse, n'est qu'un accessoire de la promesse ; d'où il suit que, si la promesse par elle-même est nulle, le ser-

---

[1] Si le legs est fait *à mon domestique*, la décision de Pothier doit être admise; mais elle souffre beaucoup de difficulté si le legs est fait à un *tel* quoique le testateur ait ajouté *mon domestique*.

[2] Il faut que la volonté de maintenir l'égalité soit clairement manifestée.

ment qui la confirme ne peut être valable, selon cette maxime de droit : *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum obtinent.*

304. Non-seulement un testateur ne peut pas s'interdire absolument le pouvoir de changer ses ordonnances de dernière volonté, il ne peut pas même gêner ce pouvoir ; c'est pour cette raison que l'ordonnance déclare de nul effet toutes les clauses dérogatoires par lesquelles un testateur déclare par son testament « qu'il veut que tous ceux qu'il ferait par la suite, qui contiendraient quelque chose contre et outre ce qui est porté au présent testament, ne seraient pas valables, s'il ne s'y trouvait une *telle sentence ;* comme par exemple : *Beatus vir qui timet Dominum ;* ou une *telle formalité,* s'ils n'étaient scellés du sceau de ses armes ; » l'ordonnance déclare ces clauses de nul effet, et veut que les testaments postérieurs soient valables, et puissent révoquer le précédent, quoique le testateur n'y ait pas observé ce qu'il s'était prescrit par le précédent ; la raison est, que le pouvoir qu'il a de révoquer son testament, ne doit point être gêné et assujetti à des formalités qu'il pouvait oublier s'être imposées.

305. Ce principe que les legs, et autres semblables dispositions, ne peuvent jamais être irrévocables, souffre une exception à l'égard des *institutions contractuelles,* dont nous traiterons en particulier dans un appendice.

Il souffrait encore une exception avant l'ordonnance, à l'égard des *testaments mutuels ;* car, lorsque deux personnes, par un testament mutuel, s'étaient mutuellement légué leurs biens au survivant d'eux, et après sa mort à un tiers, le survivant qui avait recueilli le legs du prédécédé, ne pouvait plus révoquer celui qu'il avait fait à un tiers. L'ordonnance de 1735 a abrogé l'usage de ces testaments [1].

306. On demande si la reconnaissance portée par un testament, que le testateur doit une certaine somme à une personne, est révocable ?

Il faut distinguer, en tant qu'elle contient une preuve de la dette, elle n'est pas révocable ; la preuve qui subsiste de cet aveu, subsiste nonobstant la révocation de cet aveu, et dispense le créancier de rapporter d'autres preuves de sa créance ; mais cette reconnaissance, en tant qu'elle contiendrait un legs de la somme que le testateur a reconnu devoir, quoique le testateur ne la dût pas effectivement, est révocable, et la révocation a cet effet, que l'héritier, qui ne serait pas recevable à prouver que cette somme n'était pas due, si la reconnaissance n'avait pas été révoquée, parce que cette reconnaissance vaudrait comme legs, sera recevable à faire cette preuve, et à détruire celle qui résulte de l'aveu [2].

SECT. III. — De l'extinction du legs de la part du légataire.

307. Les legs s'éteignent de la part du légataire :— 1° Par son prédécès ; — 2° Lorsqu'il devient incapable ; — 3° Lorsqu'il s'en est rendu indigne · — 4° Par la répudiation qu'il fait des legs.

---

[1] *V.* art. 968, C. civ., ci-dessus, p. 226, note 4.

[2] Pothier nous paraît accorder trop d'effet à cette reconnaissance de dette, laquelle insérée dans le testament, faisant partie de cet acte, doit en subir les conséquences lorsqu'il est révoqué ; il n'y a donc pas aveu de la dette. Au reste il ne faudrait admettre cette preuve qu'avec la plus grave circonspection, et lorsque les circonstances rendraient la dette très probable.

§ I. *De l'extinction des legs par le prédécès du légataire, ou par son incapacité.*

308. Il est évident que le legs s'éteint lorsque le légataire meurt avant le testateur ; car les legs n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, ils ne peuvent donner aucun droit au légataire que dans ce temps, le légataire qui est mort avant ce temps, est donc mort sans avoir pu acquérir aucun droit qui résultât du legs, et il n'a pu par conséquent en transmettre aucun dans sa succession [1].

Que si le légataire a survécu le testateur, le legs, qui est pur et simple, n'est point éteint par la mort du légataire, quoiqu'il meure avant que d'avoir accepté le legs, et même avant que d'en avoir eu connaissance ; car le droit qui résulte des legs est acquis aux légataires par la vertu de la loi, même sans qu'ils le sachent [2].

309. Lorsque le legs est conditionnel, le legs est éteint par la mort du légataire avant l'existence de la condition, quoique depuis la mort du testateur, car ces legs n'ayant leur effet, et ne pouvant acquérir de droit aux légataires que du jour de l'existence de la condition, ils ne peuvent en avoir aucun, lorsque le légataire se trouve mort dans ce temps. Les conditions de legs n'ont pas un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, en quoi elles sont différentes des actes entre-vifs, et la raison de différence est que ceux qui contractent, contractent tant pour eux que pour leurs héritiers ; c'est pourquoi le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu du contrat, acquis après leur mort à leurs héritiers lors de l'existence de la condition, laquelle, pour cet effet, a un effet rétroactif au temps du contrat ; au lieu que le testateur ne lègue qu'à la personne du légataire ; il n'a point en vue par son testament les héritiers du légataire, c'est pourquoi le droit qui résulte du testament ne peut être, en vertu du testament après la mort du légataire, acquis à ses héritiers par l'existence de la condition, à laquelle, pour cela, on ne donne point d'effet rétroactif [3].

310. Il y a de certains legs qui ne sont point sujets à s'éteindre par la mort du légataire ; tels sont ceux qui sont faits à des corps et communautés qui ne meurent point. Tels sont ceux qui sont faits à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre qui ne meurt point, et passe à ses successeurs ; par exemple, si quelqu'un léguait au roi, un tel legs ne serait point éteint par la mort du roi aujourd'hui régnant avant le testateur ; *quod Principi relictum est qui, antequàm dies legati cedat, ab hominibus ereptus est.... successori debetur.* L. 56, ff. *de Leg.* 2°. La raison est qu'un tel legs est censé fait, non pas tant à la personne du roi régnant, qu'au roi qui ne meurt jamais.

Il en est de même des legs qui seraient faits *au curé de telle paroisse, au lieutenant général d'un tel bailliage, au doyen de l'université*, etc.

311. Ce sont les circonstances qui doivent beaucoup servir à décider, si les legs doivent être présumés faits plutôt au titre qu'à la personne ; car, si le testateur avait des liaisons personnelles de parenté ou d'amitié avec la per-

---

[1] *V.* art. 1039, C. civ.,

Art. 1039 : « Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en « faveur de qui elle est faite, n'a pas « survécu au testateur. »

[2] *V.* art. 1014, C. civ., ci-dessus, p. 246, note 1, la transmission s'est opérée au moment du décès.

[3] *V.* art. 1040, ci-dessus, p. 289, note 2, et 1179, C. civ.

Art. 1179 : « La condition accomplie « a un effet rétroactif au jour auquel « l'engagement a été contracté. Si le « créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits « passent à son héritier. »

sonne d'un procureur du roi, d'un doyen de l'université, etc., le legs fait en ces termes, « procureur du roi, au doyen de l'université, etc., pourrait être présumé fait à la personne que le testateur aurait désignée par sa qualité, au lieu de la désigner par son nom.

312. Par la même raison, que les legs s'éteignent par la mort du légataire avant celle du testateur, ou avant l'existence de la condition, ils doivent aussi s'éteindre par l'incapacité du légataire, qui, lors de la mort du testateur, ou de la condition qui donne ouverture au legs, s'en trouve incapable, comme s'il était devenu religieux, s'il avait perdu la vie civile par une condamnation capitale [1]. *V.* ce que nous avons dit, ch. 2, art. 2.

§ II. *De l'extinction des legs par l'indignité des légataires.*

313. Par le droit romain, les legs ne s'éteignaient pas proprement par l'indignité du légataire qui s'en rendait indigne, le fisc les recueillait en sa place. Par notre droit français, la chose léguée demeure pardevers celui qui a été grevé du legs, lorsque le légataire s'en est rendu indigne ; c'est pourquoi l'indignité est une manière dont les legs s'éteignent de la part du légataire.

Il y avait un grand nombre de causes d'indignité par le droit romain, qui ne sont pas reçues dans nos usages.

314. Les causes d'indignité parmi nous, sont :

1° Si le légataire a été complice de la mort du testateur ; s'il avait fait quelque injure sanglante à sa mémoire [2].

2° Si quelqu'un a empêché le testateur de révoquer le testament qu'il avait fait en sa faveur, ou même d'y retoucher, il doit être privé, comme indigne, des legs qui lui ont été faits, car son dol ne doit pas lui être profitable, et lui assurer des legs que le testateur aurait peut-être révoqués, s'il n'eût été empêché de retoucher son testament.

A l'égard des autres légataires auxquels le testateur a fait des legs par le testament qu'il avait intention de retoucher, ou même de révoquer, s'ils n'ont point été complices des manœuvres de celui qui a empêché le testateur de révoquer ou retoucher son testament, ils ne doivent point être privés de leur legs ; car n'ayant rien fait qui les en rende indignes, ils ne peuvent en être exclus qu'autant que le testateur aurait effectivement révoqué les legs qu'il leur a faits, et l'envie qu'il paraît avoir eue de retoucher son testament, ou d'en faire un nouveau, n'est pas une vraie révocation de ce legs.

Ces faits d'indignité, « qu'un légataire a empêché le testateur de retoucher son testament, » peuvent être prouvés par témoins, comme le peut être un autre délit ; le juge néanmoins doit permettre cette preuve avec circonspection.

3° Une espèce de cause d'indignité, selon nos usages, est lorsque la personne que le testateur avait nommée pour son exécuteur testamentaire, refuse de se charger de cette exécution ; il est, en conséquence de ce refus, non recevable à demander les legs qui paraîtront lui avoir été faits dans la vue de le récompenser du soin de cette exécution.

Par la même raison, quoiqu'il n'y ait point dans notre droit de tutelle testamentaire, néanmoins si le testateur avait nommé quelqu'un de ses parents

---

[1] *V.* art. 1043, C. civ.

Art. 1043 : « La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir. »

[2] *V.* art. 1046, ci-dessus, p. 311, note 3, et 1047, C. civ.

Art. 1047 : « Si cette demande (en révocation du legs) est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit. »

pour tuteur de ses enfants, et lui eût fait quelque legs; si le juge, sur l'avis de la famille, avait nommé cette personne pour tuteur, et que cette personne s'excusât de la tutelle par quelque privilége, elle serait non recevable à demander le legs qui paraîtrait lui avoir été fait dans cette vue.

§ III. *De la répudiation des legs.*

315. Le legs s'éteint de la part du légataire, lorsqu'il le répudie [1].

Pour qu'un légataire puisse valablement répudier le legs qui lui est fait, il faut qu'il soit usant de ses droits. Une femme qui est sous puissance de mari, ne peut donc valablement répudier le legs qui lui est fait, sans l'autorité de son mari. Un mineur qui est sous puissance de tuteur ne le peut pareillement.

Quand même il serait émancipé, sa minorité le rendrait restituable contre la répudiation qu'il ferait du legs, à moins que ce ne fût un legs modique, de quelque somme ou chose mobilière; car les émancipés peuvent dissiper leurs meubles sans restitution.

316. Lorsqu'une autre personne que celle à qui le legs a été fait, en doit profiter, c'est celle qui en doit profiter, qui peut valablement répudier le legs; c'est pourquoi, le mari qui est en communauté de biens avec sa femme, peut valablement répudier le legs fait à sa femme, qui serait entré en sa communauté, et il n'a pas besoin, pour cette répudiation, du consentement de sa femme. On pourrait néanmoins tirer argument de la loi 26, Cod. *de fid.*, pour dire qu'en ce cas, la femme pourrait se faire autoriser à le demander au refus de son mari, puisqu'il est décidé en cette loi, que le fils de famille peut demander le legs qui lui a été fait, et que son père, qui aurait pu l'acquérir *jure patriæ potestatis*, aurait répudié. Il paraît par les Basiliques, lib. 2, cap. 8, § 3, que cette loi est dans l'espèce d'un fils de famille.

Cela surtout doit être accordé à la femme, lorsqu'elle a droit de reprendre, en cas de renonciation à la communauté, ce qui est entré à cause d'elle en communauté [2].

317. La répudiation d'un legs se fait, ou *expressément*, ou *tacitement*.

Le consentement qu'un légataire donnerait à la vente que ferait l'héritier de la chose qui lui est léguée, est regardé comme une répudiation qu'il fait de son legs, à moins qu'il ne parût par les circonstances, que son intention n'a pas été de répudier le legs, mais de consentir à recevoir le prix au lieu de la chose. L. 120, § 1er, ff, *de Leg.* 1°; L. 88, § 14, ff. *de Leg.* 2°.—Que si un légataire a seulement souscrit comme témoin au contrat de vente de la chose qui lui a été léguée, on n'en doit point induire une renonciation au legs. L. 34, § 2, ff. *de Leg.* 2°.

Il nous reste à observer que, quoiqu'un légataire, à qui le testateur a fait deux ou plusieurs legs, en puisse accepter l'un et répudier l'autre, néanmoins, si l'un desdits legs a été fait sous certaines charges, le légataire ne peut pas, pour se soustraire aux charges qui lui sont imposées, le répudier et accepter celui qui est fait sans charges. L. 5, *ppio. et* § 1er, ff. *de Leg.* 2°; et L. 22, ff. *de Fid. libert.*

---

[1] *V.* art. 1043, C. civ., ci-dessus, p. 315, note 1.

[2] La solution ne peut être douteuse en ce cas, puisque la femme a un droit personnel à exercer; et même quand l'objet du legs doit tomber dans la communauté, nous pensons que la femme pourrait se faire autoriser par la justice à l'accepter; elle a toujours intérêt que la communauté prospère.

SECT. IV. — De l'extinction des legs de la part de la chose léguée.

318. Les legs s'éteignent de la part de la chose léguée, lorsqu'elle périt, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible du legs que le testateur a fait de cette chose.

Art. Ier. — De l'extinction du legs lorsque la chose périt.

§ Ier. *A l'égard de quel legs la règle reçoit-elle application, et quelles exceptions souffre-t-elle?*

319. La règle que nous venons d'établir, « que les legs s'éteignent lorsque la chose léguée périt, » ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des legs de choses certaines et déterminées [1].

Un legs d'une chose indéterminée ne peut pas s'éteindre de cette manière; par exemple, le legs d'*un cheval* indéterminé; car ce legs, jusqu'à ce qu'il soit acquitté par la prestation d'un cheval, n'étant déterminé à aucun cheval, la mort d'aucun cheval ne peut donner lieu à l'extinction de ce legs, parce qu'on ne peut dire d'aucun cheval, qu'il soit la chose qui a été léguée; il faudrait, pour que la chose qui fait l'objet d'un tel legs pérît, que toute l'espèce des chevaux fût périe.

Il en est de même du legs d'*une somme d'argent;* car ce n'est pas l'argent précisément, qui se trouve dans les coffres du testateur à sa mort, qui fait l'objet de ce legs, c'est *une telle somme d'argent in abstracto.*

320. Au reste, les legs des choses certaines s'éteignent par l'extinction de la chose léguée, soit que ce soit une chose corporelle, soit que ce soit une chose incorporelle qui ait été léguée; par exemple, si le testateur m'a légué *une certaine créance*, le legs est éteint si le testateur a reçu le paiement de son vivant, ou qu'il soit devenu l'héritier de son débiteur (L. 21, ff. *de Lib. leg.*); car cette créance, qui était la chose léguée, se trouve éteinte par le paiement, ou par la confusion.

321. Le legs alternatif de deux choses certaines, s'éteint par l'extinction des choses léguées, comme le legs pur et simple; mais comme dans les legs alternatifs de deux choses, les deux choses sont léguées, le legs n'est éteint que par l'extinction des deux choses; lorsqu'il n'en est péri qu'une, le legs subsiste dans celle qui reste.

Que si l'héritier grevé du legs, avait offert l'une des deux au légataire, et l'eût mis en demeure de la recevoir; en ce cas, l'extinction de la seule chose qui a été offerte, opérerait l'extinction du legs, parce que le legs, par ces offres, d'alternatif qu'il était, avait été déterminé à la chose offerte.

§ II. *Quand une chose est-elle censée périe?*

322. Une chose est périe, lorsque ce qui constituait sa substance, ne subsiste plus.

Ce qui constitue la substance de chaque chose, n'est pas tant la matière dont elle est composée, que la forme qui lui est propre, qui la caractérise essentiellement, et qui la différencie des autres choses. C'est pourquoi, lorsque cette forme est détruite, quoique la matière, dont la chose était composée, subsiste, et qu'elle n'ait fait que passer à une autre forme, la chose est censée périe, et le legs qui aurait été fait de cette chose est éteint.

Par exemple, si un testateur avait légué *la laine qu'il avait chez lui*, et qu'il

---

[1] *V.* art. 1042, C. civ., 1er alinéa, ci-dessus, p. 300, note 2.

en eût fait des habits, le legs serait éteint par l'extinction de la chose léguée : (*Lana legata, vestem quæ ex eâ facta sit deberi non placet.* L. 88, ff. *de Leg.* 3°); car, quoique la matière ne soit pas détruite, et se trouve dans les habits qui en ont été faits, néanmoins comme elle ne subsiste plus dans sa forme de laine, mais dans la forme d'habits, il est vrai de dire que la laine qui a été léguée ne subsiste plus, parce que des habits, quoique faits de laine, sont quelque chose de différent de la laine.

323. Du principe « que c'est la forme propre et caractéristique de chaque chose qui constitue l'essence et la substance des choses, plutôt que la matière dont elles sont composées, » naît une autre conséquence, qui est l'inverse de la précédente ; savoir qu'une chose n'est pas censée périe, tant que la forme qui constitue sa substance subsiste, quoiqu'il ne reste plus rien de l'ancienne matière dont elle était composée.

Par exemple, si un bâtiment, comme un moulin, ou un bateau, ont été si souvent réparés depuis le testament, qu'il ne reste presque plus rien, ou absolument rien des différentes parties dont il était pour lors composé; néanmoins étant toujours resté en sa forme de moulin ou de bateau, la chose est censée être la même qui a été léguée, et le legs n'est point éteint. L. 65, § 2, ff. *de Leg.* 2°. L. 24, § 4, ff. *de Leg.* 1°.

324. Par la même raison, lorsque quelqu'un a légué *un troupeau*, ou *un fonds de boutique*, quoiqu'il ne reste plus aucune des bêtes qui composaient le troupeau, ni aucune des marchandises qui composaient le fonds de boutique au temps du testament, d'autres bêtes et d'autres marchandises leur ayant été substituées; néanmoins le troupeau et le fonds de boutique, ayant toujours demeuré en son état de troupeau ou de fonds de boutique, le legs n'est point éteint, et le légataire peut demander la délivrance du troupeau, ou du fonds de boutique qui se trouve lors de l'ouverture du legs.

325. Observez que tout changement dans la forme d'une chose n'opère pas sa destruction, mais seulement le changement de cette forme qui en constituait la substance ; par exemple, si un testateur a légué *un certain morceau de terre*, et que depuis son testament, il ait construit un édifice sur ce morceau de terre, le changement qui est arrivé dans la forme de ce morceau de terre nue, qui est devenue occupée par un bâtiment, n'opère pas l'extinction du morceau de terre ; car ce morceau de terre, quoiqu'occupé par un bâtiment, est toujours un morceau de terre ; la forme qui constitue la substance du morceau de terre n'est pas détruite, la forme de bâtiment qui lui est survenue n'est qu'une forme accidentelle ; c'est pourquoi le legs ne sera pas éteint, et le légataire peut demander la délivrance du morceau de terre, avec le bâtiment qui y a accédé et en fait partie. *Si areæ legatæ domus sit imposita debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem* (ce qu'il faudrait que l'héritier prouvât). L. 44, § 4, ff. *de Leg.* 1°.

§ III. *Si, lorsque la chose léguée est détruite, le legs subsiste au moins dans ce qui en reste, et des accessoires de la chose léguée.*

326. Il n'y a que l'extinction totale de la chose léguée, qui opère l'extinction totale du legs; lorsqu'il reste quelque partie de la chose léguée, le legs subsiste pour cette partie qui reste.

Par exemple, si on m'a légué *un troupeau de bœufs*, et qu'il n'en reste qu'un seul, le legs subsistera pour celui qui reste (L. 22, ff. *de Leg.* 1°); car, quoiqu'un seul bœuf ne puisse pas former un troupeau, néanmoins lorsqu'il reste un des bœufs qui composaient le troupeau, il est vrai de dire que le troupeau n'est pas entièrement et totalement détruit, et que le bœuf qui reste est une partie du troupeau légué.

Par la même raison, si on m'a légué *une maison*, qui depuis a été brûlée, *eâd.* L. 22), le legs subsiste pour la place qui reste de cette maison, car la place

est une partie de la maison ; la maison n'est pas détruite entièrement, il en reste la place qui en fait partie.

C'est pourquoi, si le testateur y a construit une autre maison, elle appartiendra au légataire comme accessoire de cette place qui faisait partie de ce qui lui a été légué, suivant les principes de la loi 44, § 4, ff. *de Leg.* 1°, citée à la fin du paragraphe précédent.

Il est vrai que la loi 65, § 2, ff. *de Leg.* 1° dit formellement le contraire, mais elle ne fait que rapporter le sentiment de Celse, qui n'a pas été suivi, comme il paraît par la loi 98, § 8, ff. *de Solut.* Les anciens jurisconsultes n'avaient pas été d'accord sur cette question.

Il en est autrement lorsque le legs est non de la maison, mais *de l'usufruit de la maison* ; lorsque la maison est brûlée, le legs est totalement éteint, parce que la chose léguée est totalement éteinte, le droit d'usufruit, qui est la chose léguée étant le droit d'habiter la maison, ce droit d'habiter est totalement détruit, lorsqu'il ne reste plus que la place, une place n'étant pas susceptible d'habitation. C'est la décision de la loi 5, § 2, ff. *Quibusmod. usuf. exting.*

327. Pour revenir à ce qui concerne les legs des choses corporelles, le legs subsiste à la vérité en partie, lorsque la chose n'a été détruite qu'en partie ; mais, lorsque la chose léguée a péri totalement avant l'ouverture du legs, ce qui en reste ne peut être prétendu par le légataire, parce que l'extinction totale de la chose léguée emporte l'extinction totale du legs.

C'est sur ce fondement que les lois décident que, lorsqu'on a légué *un certain bœuf* qui est mort, le légataire n'en peut demander la peau, *mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.* L. 49, ff. *de Leg.* 2°.—Et pareillement, lorsqu'un bateau légué a été dépecé, le légataire n'en peut demander les planches, *nave legatâ dissolutâ nec materia debetur.* L. 88, § 2, ff. *de Leg.* 3°;—car un bœuf est totalement péri lorsqu'il est mort, le bateau est totalement détruit lorsqu'il est dépecé ; on ne peut pas dire que le bœuf légué subsiste en partie par le cadavre qui en reste, et que le bateau subsiste en partie par les planches qui en restent. L'extinction de la chose léguée étant donc en ce cas une extinction totale, elle emporte l'extinction totale du legs, et le légataire ne peut pas prétendre ce qui reste de la chose, parce que c'est le reste d'une chose qui a existé, et qui n'existe plus ; et non pas, comme dans l'espèce précédente, le reste d'une chose qui n'a été détruite qu'en partie, et qui subsiste au moins en partie dans ce qui en reste.

Que si la chose léguée n'a été totalement détruite que depuis l'ouverture du legs ; par exemple, si le bœuf qui a été légué n'est mort que depuis la mort du testateur, ce qui en reste, comme la peau, etc. doit appartenir au légataire, parce que la chose léguée ayant été une fois acquise au légataire par l'ouverture du legs, tout ce qui en reste doit lui appartenir ; car tout ce qui reste d'une chose appartient à celui qui en était le propriétaire, *meum est quod ex re meâ superest.*

328. Il faut faire la même distinction à l'égard des *accessoires de la chose léguée*, lorsque la chose est totalement périe avant l'ouverture du legs, les accessoires de cette chose ne peuvent être prétendus par le légataire, parce que le legs est totalement éteint, et parce que n'étant qu'accessoires de la chose léguée, ils ne sont pas compris au legs *per se*, mais seulement comme accessoires de la chose léguée, dont ils cessent d'être les accessoires, lorsqu'elle ne subsiste plus, ne pouvant pas y avoir d'accessoire sans chose principale. Par exemple, si un officier a légué à son camarade *son cheval de bataille tout harnaché*, si le cheval est mort avant l'ouverture du legs, le légataire ne pourra prétendre l'équipage de ce cheval, car il n'était compris au legs qu'en tant qu'accessoire du cheval, et il ne peut plus y avoir d'accessoire d'une chose qui n'est plus, *quæ accessionum locum obtinent extinguuntur cùm principales res peremptæ fuerint.* L. 2, ff. *de Pecul. leg.*

Que si la chose principale n'était périe que depuis l'ouverture du legs, cette chose ayant été une fois acquise au légataire avec ses accessoires, lesdits accessoires continueraient de lui appartenir.

§ IV. *Des exceptions que souffre la règle ; « que le legs s'éteint par l'extinction de la chose léguée. »*

329. Cette règle souffre une première exception, lorsque c'est par le fait de celui qui était grevé du legs que la chose léguée est périe ; car il n'est pas juste que son fait préjudicie au légataire, il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe par son fait [1].

Si néanmoins c'était par un fait que l'héritier eût dû faire que la chose léguée fût périe, il ne serait point tenu d'en indemniser le légataire. *Arg.* L. 53, § 3, ff. *de Leg.* 3°.

Par exemple, si le cheval légué étant devenu morveux, l'héritier l'a tué pour obéir à une ordonnance de police « de tuer tous les chevaux morveux ; » si l'héritier, dans les circonstances d'un incendie, a abattu la maison léguée pour couper la communication du feu ; l'héritier en ces cas, et autres semblables, ne sera point tenu de payer au légataire le prix de la chose léguée périe par son fait, parce qu'il n'a fait que ce qu'il devait faire.

330. Une seconde exception est, lorsque la chose léguée est périe à la vérité sans le fait, mais par la faute de l'héritier grevé du legs, il est obligé d'en payer l'estimation au légataire à qui il n'a pu par sa faute préjudicier.

La faute dont l'héritier grevé du legs est tenu à cet égard, est la faute légère ; L. 48, § 5, ff. *de Leg.* 1°. Si néanmoins l'héritier était grevé de rendre à quelqu'un incontinent ce que le testateur lui laisse, sans qu'il profitât de rien, il ne devrait être tenu que de la faute grossière, *de latâ culpâ ;* L. 22, § 3, ff. *ad Trebell.* C'est ainsi que je pense que se doivent concilier ces deux lois.

331. Une troisième exception est, lorsque la chose léguée est périe depuis que l'héritier grevé du legs a été mis en demeure de la délivrer ; car, en ce cas, comme le légataire ne doit pas souffrir de la demeure injuste de l'héritier, celui-ci doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe depuis la demeure ; L. 39, § 1, ff. *de Leg.* 1° *et passim.* Il n'y est néanmoins tenu qu'au cas auquel le légataire n'en aurait pas également souffert la perte, si elle lui eût été délivrée, *putà*, parce qu'il l'aurait vendue auparavant ; que s'il paraît que le légataire en eût également souffert la perte, si elle lui eût été délivrée, comme en ce cas il ne souffre rien de la demeure qui lui en a été faite, l'héritier n'est point obligé à lui payer l'estimation de la chose périe depuis la demeure. L. 47, § *fin.* ff. *de Leg.* 1°.

Observez que, pour que l'héritier soit tenu de la perte de la chose léguée, périe depuis sa demeure, il faut qu'elle soit périe pendant qu'il continuait à être en demeure ; que si elle n'est périe qu'après qu'il a purgé sa demeure, par des offres qu'il a faites au légataire de lui délivrer la chose léguée, qu'il a été mis en demeure de la recevoir, la perte en ce cas tombe sur le légataire. *Arg.* L. 91, § 3, ff. *de Verb. obl.*

Observez aussi que, lorsqu'il y a plusieurs héritiers tenus du legs, et que la chose léguée est périe par le fait ou par la faute de l'un d'eux, ou depuis que l'un d'eux a été mis en demeure, il n'y a que celui d'entre eux par le fait ou la faute duquel la chose est périe, ou qui a été mis en demeure, qui soit tenu de la perte de la chose léguée, les autres n'en sont pas tenus. L. 48, § 1, ff. *de Leg* 1°.

En cela, les cohéritiers sont différents des débiteurs solidaires, qui sont tous

---

[1] *V.* art. 1042, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 300, note 2.

tenus à cet égard du fait, de la faute, ou de la demeure de l'un d'entre eux. L. 18, ff. *de Duob. reis.*

ART. II. — De l'extinction du legs, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

332. Le legs est éteint, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

De là il suit, 1° que si, depuis le testament, le légataire a acquis une propriété pleine et parfaite, à titre lucratif, de la chose qui lui a été léguée, le legs est éteint; car la chose léguée étant devenue sa propre chose à titre lucratif, elle n'est plus susceptible du legs qui lui en a été fait.

De là il suit, 2° que les choses qui sont hors le commerce, n'étant pas susceptibles de legs, si la chose léguée est mise hors du commerce, le legs est éteint; comme par exemple, si le morceau de terre, qui a été légué, a été pris pour en faire le grand chemin.

Si néanmoins c'était par le fait, ou par la faute de l'héritier tenu du legs, ou depuis sa demeure, que la chose léguée eût cessé d'être dans le commerce, il serait obligé d'en indemniser le légataire ; de même que, lorsqu'elle est périe par son fait, ou par sa faute, ou depuis sa demeure, il est obligé de l'en indemniser.

Si la chose léguée avait été mise hors du commerce, à la charge de payer des deniers publics une indemnité aux propriétaires, comme lorsqu'on a pris ici (Orléans) des maisons pour faire la rue Royale; en ce cas, il n'est pas douteux que, si la maison n'a été ainsi mise hors du commerce que depuis l'ouverture du legs, c'est au légataire que cette indemnité est due, puisqu'il en était devenu le propriétaire, et l'avait acquise lors de l'ouverture du legs; mais il en doit être autrement, si la chose léguée a été mise hors du commerce avant l'ouverture du legs; car, ne se trouvant plus lors de la mort du testateur, ou de la condition qui devait donner ouverture au legs, aucune chose qui soit susceptible du legs, *dies legati inutiliter cedit,* le legs se trouve entièrement éteint dès avant qu'il puisse être ouvert.

SECT. V. — QUI DOIT PROFITER DE LA CHOSE LÉGUÉE, LORSQUE LE LÉGATAIRE NE RECUEILLE PAS LE LEGS? DU CONCOURS DES COLÉGATAIRES, ET DU DROIT D'ACCROISSEMENT.

§ Ier. *Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne recueille pas le legs?*

333. Lorsqu'un légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, soit par son prédécès, soit par son incapacité ou indignité, soit parce qu'il le répudie, ou pour quelque cause que ce soit, si le testateur lui a substitué quelqu'un par substitution vulgaire, et que cette substitution ne soit suspendue par aucune condition, c'est ce substitué qui recueille le legs à sa place [1].

A défaut de substitué, il y a lieu au droit d'accroissement, lorsque ce légataire a des colégataires, comme nous le verrons ci-dessous, § 3.

A défaut de substitué et de colégataires, la chose léguée, ou la somme léguée reste pardevers les héritiers, ou autres qui étaient grevés de la prestation du legs, et ce sont eux qui en profitent.

334. Lorsqu'il y a un légataire universel, on demande si ce sont les héritiers

[1] *V.* art. 898, C. civ., qui définit la substitution vulgaire.

Art. 898 : « La disposition par la« quelle un tiers serait appelé à re« cueillir le don, l'hérédité ou le legs « dans le cas où le donataire, l'héri« tier institué ou le légataire, ne le re« cueillerait pas, ne sera pas regardée « comme une substitution, et sera va« lable. »

ou le légataire universel, qui doivent profiter de l'extinction des legs particuliers. —Il y en a qui ont voulu distinguer le cas auquel le testateur aurait commencé par faire un legs universel, et fait ensuite des legs particuliers, et celui auquel, après les legs particuliers, il aurait légué le surplus de ses biens; ils conviennent qu'au premier cas, le légataire universel profite de l'extinction des legs particuliers, ce qui ne peut souffrir de difficulté, les legs particuliers n'étant en ce cas que des délibations ou diminutions du legs universel qui demeure en son entier. Lorsqu'il n'y a pas lieu à ces délibations et diminutions par l'extinction des legs qui les contenaient; ils pensent qu'il en doit être autrement au second cas, parce que le testateur, léguant le surplus de ses biens au légataire universel, ne lui a point, disent-ils, légué les choses comprises aux legs particuliers qui les précèdent.—Pour moi, je pense que, même en ce cas, le légataire universel doit profiter des choses et sommes comprises dans les legs particuliers qui sont éteints, et que ces termes, *le surplus de mes biens*, doivent s'entendre non en ce sens, *le surplus de ce qui est exprimé*, mais en ce sens, *le surplus de ce qu'auront ceux à qui j'ai fait les legs particuliers ci-dessus*. Telle est l'intention ordinaire de ceux qui font des legs universels. Ricard (3e part., ch. 4, sect. 4, n° 501) rapporte un arrêt (du 29 mars 1640) qui a décidé pour notre sentiment.

335. Lorsque c'est un légataire particulier qui a été chargé de restituer à un autre, en tout ou en partie, ce qui lui avait été laissé, et que ce fidéicommis dont il était grevé, vient à s'éteindre par le prédécès ou la répudiation du fidéicommissaire, ou pour quelque autre cause, c'est le légataire qui était grevé de ce fidéicommis, qui doit profiter, plutôt que l'héritier, de l'extinction de ce fidéicommis, et qui doit garder pardevers lui ce qu'il avait été chargé de restituer; c'est la décision de la loi 60, ff. *de Leg.* 2° et de quelques autres, *V.* notre titre *de Leg.* n° 405.

Il en serait néanmoins autrement, s'il paraissait par les circonstances que le testateur avait eu intention de faire cette personne un simple exécuteur de ses volontés, et non de lui léguer.

§ II. *Du concours entre plusieurs légataires d'une même chose.*

336. Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs la même chose, ou la même somme, et que tous ces légataires de cette chose, ou de cette somme, acceptent le legs, la chose léguée, ou la somme léguée, se partage entre eux par portions viriles, c'est-à-dire, par portions égales, et en autant de parts égales qu'il y a de personnes.

Par exemple, si un testateur s'est exprimé ainsi : *Je lègue à Pierre une somme de* 10,000 *livres; je lègue à Paul la même somme de* 10,000 *livres que j'ai ci-dessus déjà léguée à Pierre;* cette somme de 10,000 livres se partage par portions égales entre Pierre et Paul auxquels elle est léguée.

Pareillement, s'il est dit : *Je lègue à Pierre, à Paul et à Jean, ma maison de la Corne*, Pierre, Paul et Jean la partageront chacun par tiers.

Quand même Pierre, Paul et Jean auraient été, par une autre disposition, légataires universels avec d'autres pour des portions inégales, ils devraient partager la chose particulière qui leur est léguée, non pour les portions qui leur ont été assignées dans le legs universel, mais par portions viriles et égales. *Arg.* L. 67, § 1, ff. *de Leg.* 1°.

337. Ce partage entre plusieurs légataires de la chose léguée, a lieu, soit qu'elle leur ait été léguée *disjunctim*, par des dispositions ou phrases séparées; soit qu'elle leur ait été léguée *conjunctim*, par une même phrase ou disposition.

Mais observez que, si le legs a été fait à quelqu'un d'entre eux *disjunctim*, par des phrases et dispositions séparées, et à d'autres *conjunctim*, par une même phrase et disposition, dans le partage qui se fera entre tous ces légataires, ceux qui se trouveront conjoints par une même phrase et disposition, ne prendront qu'une seule part pour eux tous, dans le partage qu'ils feront

avec ceux qui sont légataires par des phrases séparées; *si conjuncti disjunctim commixti sunt, conjuncti unius personæ vice funguntur*. L. 34, ff. *de Leg*. 1°.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue ma maison de la Corne à Pierre; je lègue ma maison de la Corne à Paul; je lègue ma maison de la Corne à Jacques et à Jean;* Pierre aura un tiers, Paul un autre tiers; et Jean et Jacques, qui sont conjoints dans une même phrase et disposition, n'auront qu'un tiers entre eux.

338. Si par une même phrase et disposition, les uns sont nommés séparément, les autres sont compris sous une appellation collective; régulièrement ceux qui sont compris sous cette appellation collective, ne prennent pour eux tous qu'une part. Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue à Pierre, à Paul et à ceux que j'ai faits ci-dessus mes légataires, une telle terre, Attio et Seïo cum hæredibus meis*, la terre se partagera en trois parts, l'une pour Pierre, l'autre pour Paul, et la troisième pour tous les légataires universels. L. 7, ff. *de Usuf. accresc.* Cela dépend néanmoins beaucoup des circonstances et de l'examen de la volonté du testateur; et souvent les personnes, quoique comprises dans la disposition sous une appellation collective, ne doivent pas être réduites à une seule part pour elles toutes, mais doivent avoir chacune la leur.

Par exemple, si un testateur, qui avait trois filleuls et une filleule, a légué ainsi : *Je lègue à mes filleuls et à Jeanne ma filleule, un tel contrat de rente*, le contrat ne se partagera pas entre Jeanne pour une moitié, et les trois filleuls pour l'autre moitié, mais ils auront chacun un quart, parce qu'il y a lieu de penser que, si le testateur a nommé Jeanne séparément, c'est plutôt pour lever le doute qu'il aurait pu y avoir, si elle était comprise sous l'appellation générique de filleuls, que dans la vue de lui attribuer une portion égale à celle des trois filleuls, surtout lorsqu'il n'y a pas de preuve qu'elle fût plus chère au testateur que ses autres filleuls.

339. Voici un autre exemple; un testateur a légué ainsi : *Je lègue une telle chose à Pierre et aux enfants qui naîtront de mon frère;* s'il naît depuis ce testament trois enfants de ce frère, ils n'auront pas seulement une part pour eux tous, mais ils partageront chacun avec Pierre par portions viriles et égales, c'est-à-dire qu'ils auront chacun un quart (*Arg*. L. 6 et 7, ff. *de Reb. dub.*); car il y a lieu de penser que, si le testateur les a compris sous une appellation générique, c'est parce que n'étant pas encore nés ils n'avaient point encore de nom propre par lequel ils pussent être désignés, plutôt que parce qu'il eût voulu les réduire à une portion pour eux tous.

§ III. *Du droit d'accroissement entre les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme.*

340. Les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme, sont légataires du total de la chose, ou de la somme léguée, ce n'est que par leur concours que la chose léguée, quoique léguée à chacun d'eux en total, ne pouvant pas néanmoins appartenir à chacun d'eux pour le total, *cum duo pluresve unius rei in solidum domini esse non possint*, se partage entre eux.

De là il suit que, si quelqu'un des colégataires ne recueille pas le legs, soit par son prédécès, soit par son incapacité, soit parce qu'il lui plaît de le répudier, la part qu'il aurait eue dans cette chose doit accroître à ses colégataires, *jure accrescendi*, ou plutôt, *jure non decrescendi;* car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose léguée, n'y ayant que le concours de deux ou plusieurs légataires qui la partagent entre eux, lorsque l'un d'eux ne concourt pas, le total demeure de plein droit à l'autre.

341. Ce droit d'accroissement a lieu, pourvu que celui des colégataires, qui ne recueille pas le legs, n'eût pas de substitué; car, si le testateur lui avait substitué une autre personne, ce substitué à son défaut a tous les mêmes droits

que lui; il recueille le legs à sa place, il concourt à sa place avec les autres légataires de cette chose; c'est pourquoi il est décidé en droit, que le droit de substitution l'emporte sur le droit d'accroissement. L. 2, § 8, ff. *de Bon. possess. secun. tab.* L. *fin. de Vulgar. substitut.* et ailleurs.

342. Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires à qui le testateur a légué *conjunctim*, c'est-à-dire, par une même disposition, une même phrase, et entre ceux à qui il a légué *disjunctim*, c'est-à-dire, par des dispositions et phrases séparées. Par exemple, soit que quelqu'un ait légué ainsi : *Je lègue à Pierre, à Paul et à André une telle maison;* soit qu'il ait légué ainsi : *Je lègue à Pierre une telle maison; je lègue à Paul une telle maison; je lègue à André une telle maison*, si André prédécède ou répudie les legs, la part qu'il aurait eue accroît à Pierre et à Paul.

Observez néanmoins que les colégataires qui sont conjoints par une même disposition avec celui qui ne recueille pas le legs, sont préférés par le droit d'accroissement à ceux qui sont colégataires de la même chose par des dispositions séparées : *Præfertur cæteris qui re et verbis conjunctus est.* L. 89, ff. *de Leg.* 3°. Par exemple, *je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je lègue ladite chose à Jean et à Jacques;* si Jacques prédécède, la part qu'il aurait eue accroît à Jean seul, qui est conjoint avec lui par une même disposition, à l'exclusion de Pierre et de Paul, qui n'étaient colégataires de Jacques que par des dispositions séparées. La raison est que si Jacques eût concouru avec Jean, il n'eût fait tort qu'à Jean; il n'eût diminué que le droit de Jean, puisqu'ils n'auraient eu qu'un tiers pour eux deux; c'est donc Jean seul qui doit profiter de ce qu'il ne concourt pas.

343. Par la même raison, lorsque quelqu'un de ceux qui sont compris dans une disposition, sous un nom collectif ou générique, et qui en conséquence n'auraient eu qu'une part pour eux dans la chose léguée, vient à prédécéder ou à répudier le legs, ce qu'il aurait eu dans la chose léguée accroît à ceux compris avec lui, sous le même nom collectif, préférablement aux autres colégataires.

Observez aussi que les colégataires partagent la part qui leur accroît, dans la même proportion qu'ils partagent la chose léguée; c'est pourquoi, lorsque le testateur a légué ainsi : *Je lègue une telle chose à Pierre; je lègue ladite chose à Paul; je lègue ladite chose aux quatre enfants d'André*; et que Paul vient à prédécéder, Pierre prendra seul autant dans la part de Paul qui accroît, que les quatre enfants d'André; ces quatre enfants n'ayant droit d'avoir pour eux tous qu'une part dans la chose léguée, ils ne doivent avoir pareillement qu'une part pour eux tous dans la part de Paul, qui accroît à Pierre et à eux.

344. Lorsque la même chose a été léguée à Pierre purement et simplement, et à Paul sous condition; Pierre ayant acquis le legs qui lui a été fait, et étant mort pendant que celui fait à Paul était encore en suspens, transmet à son héritier le droit de retenir toute la chose léguée, et de profiter par droit d'accroissement de la part de Paul, si la condition sous laquelle le legs a été fait à Paul vient à manquer (L. 26, § 1, ff. *de Condit. et dem.*), car ce droit d'accroissement fait partie du droit résultant du legs fait à Pierre, que Pierre ayant acquis a transmis à son héritier.

345. Lorsque, après avoir répudié un legs qui m'était fait conjointement avec une autre personne, je deviens héritier de mon colégataire mort depuis l'échéance du legs et avant que de s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation du legs, puis-je, en qualité de son héritier, acceptant le legs, acquérir même la part que j'ai répudiée de mon chef?—Les Proculiens et les Sabiniens ont été divisés sur cette question. Il me paraît qu'on doit préférer le sentiment des Sabiniens, qui pensent qu'en ce cas j'acquiers la chose léguée pour le total; car je succède dans tous les droits du défunt dont je suis héritier,

et par conséquent au droit qu'il avait de retenir la part que j'ai répudiée. *V.* les différents textes sur cette question, notre titre *de Leg.* n° 427.

346. Il nous reste à observer une différence sur le droit d'accroissement entre les colégataires d'une chose en propriété, et les colégataires en usufruit.—Lorsqu'une chose a été léguée en propriété à plusieurs colégataires, il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement, après que tous les colégataires ont concouru au legs qu'ils ont tous accepté; chacun acquiert irrévocablement et à perpétuité la part qu'il a dans la chose léguée par le concours, et la transmet dans sa succession, sans que ses colégataires en puissent jamais profiter. Il n'en est pas de même lorsqu'une chose a été léguée en usufruit à plusieurs colégataires, quoique tous ces colégataires aient concouru et partagé entre eux l'usufruit qui leur a été légué, le droit d'accroissement ne laisse pas d'avoir encore lieu; car, à mesure que chacun des colégataires mourra, la portion qu'il avait dans l'usufruit accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre et de se consolider avec la propriété.

La raison qu'en rendent les jurisconsultes, en la loi 1, § 3, ff. *de Usuf. accresc.*, est, disent-ils, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, quumprimùm itaquè non inveniat alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum*, etc. C'est-à-dire qu'il n'en est pas de l'usufruit comme de la propriété; la propriété d'une chose s'acquiert en un moment et pour toujours; c'est pourquoi, lorsqu'un colégataire a acquis sa part dans la propriété de la chose léguée, le legs ne peut plus défaillir pour sa part, puisqu'elle lui est acquise pour toujours, il ne peut donc plus y avoir lieu au droit d'accroissement de cette part; mais le droit d'usufruit est un droit successif, qui ne s'acquiert que successivement[1], à mesure qu'on jouit de la chose; lors donc que l'un des colégataires cesse par sa mort de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne, et qu'il y a lieu par conséquent au droit d'usufruit de cette part au profit des colégataires, qui étant chacun légataires de l'usufruit pour le total, ont droit de le retenir, lorsque les autres parts viennent à défaillir.

La loi 53, § 1, ff. *de Usuf.*, rapporte une autre différence entre les colégataires d'usufruit, et les colégataires d'une chose en propriété, que je ne penserais pas être suivie dans nos usages[2].

§ IV. *Entre quels légataires y a-t-il lieu au droit d'accroissement?*

347. Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, ou de la même somme, chacun pour le total[3].

---

[1] Cette raison que Pothier semble approuver, nous a toujours paru une pure subtilité; pourquoi en effet le droit d'usurfruit serait-il nécessairement un droit successif, il n'est tel que dans son émolument, il a une durée temporaire, mais on conçoit très bien que le droit de jouir soit acquis *unico momento*. Le Code ne nous paraît point avoir voulu reproduire cette doctrine, car le droit d'accroissement n'est admis qu'au cas de caducité, or il n'y a pas caducité lorsque les divers légataires d'usufruit ont recueilli; le legs a eu son plein et entier effet, ce sera donc le propriétaire qui profitera des extinctions qui arriveront successivement.

V. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, n° 675.

[2] *V.* Proudhon, *ibid.* n° 676.

[3] Ce principe est fondamental, il contient à lui seul toute la théorie du droit d'accroissement : car ce droit ne peut être que l'effet de la disposition du testateur, il ne peut être admis qu'autant que chacun des légataires se trouve, par une vocation solidaire, appelé à recueillir toute la chose léguée : le législateur ne doit point augmenter

348. Il y a deux espèces de ces colégataires : — 1° Ceux à qui on lègue la même chose ou la même somme, par des phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, comme lorsque je lègue ainsi : *Je lègue ma maison de la Corne à Pierre; je lègue ma maison de la Corne à Paul*, ou bien *je lègue à Pierre dix pistoles; je lègue aussi à Paul les mêmes dix pistoles.*

Que si le testateur n'avait pas dit *les mêmes dix pistoles*, mais avait dit : *je lègue à Pierre dix pistoles ; je lègue à Paul dix pistoles*, il serait censé avoir légué à Paul, non pas les mêmes dix pistoles, mais dix autres pistoles, et Pierre et Paul ne seraient pas conjoints.

Lorsque le testateur a légué la même part d'une chose à plusieurs, ils sont aussi conjoints et colégataires de cette part, et il y a lieu au droit d'accroissement entre eux ; comme lorsque le testateur, qui n'a que la moitié d'une certaine maison, lègue ainsi : *Je lègue ma moitié d'une telle maison à Pierre, je lègue ma moitié d'une telle maison à Paul*, ou lorsque étant propriétaire du total, il lègue ainsi : *Je lègue la moitié de maison à Pierre ; je lègue à Paul la même moitié de ma maison que j'ai déjà léguée à Pierre ;* mais s'il lègue ainsi : *Je lègue la moitié de ma maison à Pierre*, et plus bas, *je lègue la moitié de ma maison à Paul*, Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié, et ne sont point conjoints ni colégataires.

Si le testateur avait légué le total à Pierre, et qu'ensuite il en lègue à Paul une moitié, Pierre et Paul ne seront point censés conjoints, mais la présomption est que le testateur a distrait du legs une moitié pour la léguer à Paul ; c'est pourquoi Pierre et Paul sont censés légataires d'une différente moitié. L. 41, § 1, ff. *de Leg.*; l. 23, Cod. *de Leg.*

349. La seconde espèce de colégataires et conjoints, est de ceux à qui la même chose, ou la même part d'une chose, ou la même somme, est léguée par une même phrase, et ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti re et verbis*, comme lorsqu'un testateur a légué ainsi : *Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de la Corne ;* ou *je lègue à Pierre et Paul* 10,000 *livres*. Que s'il avait ajouté, *à chacun d'eux*, Pierre et Paul ne seraient pas colégataires d'une même somme de 10,000 livres ; mais Pierre le serait de 10,000 livres, et Paul d'une autre somme de 10,000 livres.

Pour que les conjoints de ces deux différentes espèces soient véritablement conjoints, et puissent être légataires chacun pour le total de la même chose, il faut que le testateur ne leur ait point assigné de parts, ni expressément, ni tacitement dans cette chose.

Que si le testateur a assigné à chacun des légataires, auxquels il a légué la même chose, *une part dans cette chose*, ces légataires ne sont point proprement colégataires, étant légataires chacun de leur part, et il n'y a pas lieu au droit d'accroissement entre eux.

On doit décider ainsi, quand même ils seraient légataires par une seule et même disposition, par une seule et même phrase, et ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti verbis tantùm*, comme lorsqu'on a légué ainsi : *Je lègue à Pierre et à Paul ma maison de la Corne par égales portions.*

350. Il y a néanmoins quelques intéprètes qui ont prétendu qu'il y avait lieu au droit d'accroissement, même entre ces conjoints; *Arg.* L. 16, § 2, *et*

---

la libéralité du testateur, toutes les règles, en cette matière, ne peuvent servir qu'à interpréter la volonté du disposant, « *nam illud jus adcrescendi manet ex voluntate defuncti, qui singulos voluit habere solidum, non concurrentibus cœteris, partes æquas concurrentibus cœteris : et voluntas inducit jus adcrescendi. Cujas,* Cod. *de Cad. Toll.* § *hic ita definitis.*

fin., ff. *de Leg.* 1°; mais le sentiment contraire, qui est celui de Cujas, est plus conforme aux principes; car le testateur leur ayant assigné des parts dans la chose léguée, ces légataires n'étant légataires que de cette part qui leur a été assignée, il n'y a aucune raison pour qu'il pût y avoir lieu entre eux au droit d'accroissement, à moins qu'ils ne prouvassent, par quelques circonstances, que le testateur a voulu le leur accorder; ce qui doit se supposer dans l'espèce de la loi opposée; au reste, *sola conjunctio verborum,* n'est pas, *per se*, suffisante pour faire présumer cette volonté dans le testateur, qui a pu les comprendre dans une même phrase, seulement pour abréger *propter sermonis compendium.*

351. Suivant ces principes, il a été jugé qu'une chose ayant été léguée à deux personnes, avec cette clause, *pour être partagée entre elles*, il n'y avait pas lieu au droit d'accroissement [1]. L'arrêt est rapporté par Soefve (du 11 juillet 1647, t. 1, centurie 2, ch. 31).

---

[1] La doctrine de Pothier sur le droit d'accroissement peut se résumer aux trois propositions suivantes :

1° Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires *re tantum*.

2° Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires *re et verbis* lorsque le testateur ne leur a point assigné de parts.

3° Le droit d'accroissement n'a pas lieu lorsque le testateur a assigné à chacun des légataires une part dans la chose léguée, c'est-à-dire entre les légataires conjoints *verbis tantum*.

Les rédacteurs du Code civil ont-ils reproduit cette doctrine.

Art. 1044 : « Il y aura lieu à accrois-« sement au profit des légataires, dans « le cas où le legs sera fait à plusieurs « conjointement.—Le legs sera réputé « fait conjointement, lorsqu'il le sera « par une seule et même disposition, et « que le testateur n'aura pas assigné « la part de chacun des colégataires « dans la chose léguée. »

Art. 1045 : « Il sera encore réputé « fait conjointement, quand une chose « qui n'est pas susceptible d'être divi-« sée sans détérioration, aura été don-« née par le même acte à plusieurs « personnes, même séparément. »

Tout le monde est d'accord que l'art. 1044 s'occupe de la conjonction *re et verbis.*

Le plus grand nombre des auteurs et la jurisprudence appliquent l'art. 1045 à la conjonction *re tantum* : en sorte que, dans ce premier système, le droit d'accroissement aurait toujours lieu dans le cas de la conjonction *re et verbis*; il n'aurait lieu dans la conjonction *re tantum*, que lorsque la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, et enfin il n'aurait jamais lieu dans la conjonction *verbis tantum.*

Dans un autre système, l'art. 1045 doit être entendu de la conjonction *verbis tantum*, et alors on dit : 1° le droit d'accroissement a toujours lieu dans la conjonction *re tantum.* Les rédacteurs du Code n'en ont pas parlé, cela était inutile, car il est évident que chaque légataire est légataire du total, et qu'en demandant toute la chose, il ne demande que ce qui lui a été légué.

2° Le droit d'accroissement a lieu dans la conjonction *re et verbis* (1044).

3° Le droit d'accroissement a lieu dans la conjonction *verbis tantum* lorsque l'objet du legs n'est pas susceptible de division (1045).

Ce système, conforme à l'ancienne doctrine, est certes plus rationnel que le précédent, mais pour l'appuyer il faut singulièrement torturer l'art. 1045, il faut le ramener à la rédaction suivante :

Le legs sera encore réputé fait conjointement quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée, PAR LA MÊME DISPOSITION, *à plusieurs personnes*, MÊME AVEC ASSIGNATION DE PARTS.

V. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 2, n° 738 à 743.

Toutes ces difficultés prouvent que les rédacteurs du Code auraient bien

352. Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs personnes l'*usufruit d'une certaine terre pour leurs aliments*, il est censé, en leur léguant pour les aliments, avoir limité le legs qu'il faisait à la portion de cet usufruit qu'il a jugé être suffisante pour les aliments de chacun d'eux, quoiqu'il n'ait fait aucune mention expresse de parts en sa disposition; c'est pourquoi il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement entre ces légataires. L. 57, § 1, ff. *de Usuf.*

Lorsqu'un testateur a chargé Pierre et Paul, ses deux héritiers, *de laisser chacun à ses enfants l'usufruit d'une certaine terre*, les enfants de Pierre sont bien conjoints entre eux dans l'usufruit de la part de la terre à laquelle Pierre leur père a succédé, et il y a lieu au droit d'accroissement entre eux; mais ils ne sont point conjoints et colégataires avec les enfants de Paul, et il n'y a point lieu au droit d'accroissement entre eux et les enfants de Paul, car ils sont légataires de différentes parts, Pierre n'ayant été grevé qu'envers ses enfants, et Paul ne l'ayant été qu'envers les siens, ainsi qu'il résulte de ces termes, *chacun de ses enfants;* les enfants de Pierre ne sont légataires que de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Pierre, ceux de Paul de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Paul, et par conséquent étant légataires de différentes portions, ils ne sont point conjoints, et il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement entre eux. C'est la décision de la loi 11, ff. *de Usuf. accresc. Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur.... fit ut inter eos jus accrescendi non sit. eâd. L.* 11. *Cùm alter ab alio hærede usumfructum vindicat.* L. 12, *eod. tit.*

353. Lorsque la même chose a été léguée à deux personnes sous une alternative; par exemple : *Je lègue à Pierre ou à Paul telle chose*, tels légataires ne sont pas conjoints, mais ils sont entre eux cocréanciers solidaires de la chose léguée, *corei credendi*, et il est au pouvoir de l'héritier, en faisant la délivrance du total à l'un, de se libérer envers les deux. L. 16, ff. *de Leg.* 2°.

§ V. *Des différences qu'il y avait par la constitution de Justinien entre les différentes espèces de conjoints, et si elles ont lieu dans nos usages.*

354. La constitution de Justinien établit deux différences sur le droit d'accroissement entre les conjoints ou colégataires, par dispositions ou phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, ou *disjuncti*, et entre les colégataires conjoints par une même phrase, qu'on appelle *conjuncti re et verbis.*

355. Le droit d'accroissement, suivant cette loi de Justinien, a lieu à l'égard des premiers, malgré eux, et sans qu'ils soient tenus des charges imposées au colégataire, dont la portion leur accroît; mais à l'égard de ceux qui sont conjoints *re et verbis*, la portion du colégataire qui ne recueille pas le legs, n'accroît à ses colégataires qu'autant qu'ils le veulent bien, et elle leur

---

fait de ne rien statuer sur cette matière qui rentre entièrement dans l'interprétation de la volonté du testateur.

A l'aide de quelques fragments nouvellement découverts, on a cherché récemment à prouver que tous les interprètes du droit romain s'étaient mépris sur le véritable sens des textes compris dans les compilations de Justinien, en ce qui touche le droit d'accroissement. Notre conviction à cet égard est loin d'être complète : quoi qu'il en soit, nous disons de cette controverse, et en général de l'étude du droit romain dans la direction toute historique qu'on lui donne actuellement :

« Une science peut être curieuse « sans être utile; mais elle n'a d'utilité « réelle qu'autant que de sa théorie « résultent les moyens et les règles « d'un art dont elle éclaire la pratique; « c'est l'usage qui en fait le prix. » (Marmontel).

accroît avec toutes les charges imposées aux colégataires, dont la portion leur accroît; *disjunctis accrescit invitis et sinè onere, conjunctis nonnisi volentibus, sed cum onere.*

La raison de cette différence est que les légataires, par dispositions séparées, qu'on appelle *disjuncti* ou *conjuncti re tantùm*, sont vraiment chacun légataires purement et simplement de la chose léguée entière. Lorsque l'un de ces colégataires ne concourt pas au legs avec l'autre, celui qui recueille seul le legs, recueille la chose entière de son chef entièrement, et en rien du chef de son colégataire; le droit d'accroissement est à son égard un non décroissement plutôt qu'un accroissement; d'où il suit qu'il ne doit pas être tenu des charges imposées au colégataire, dont la portion lui accroît, puisqu'il n'a point cette portion du chef de ce colégataire, mais que c'est entièrement de son chef qu'il retient la chose entière, d'où il suit aussi qu'*accrescit invito*, puisque, ayant entièrement de son chef la chose entière, il ne peut être en son pouvoir d'en accepter le legs pour partie, et de le répudier pour partie.

Au contraire, lorsque le testateur a légué une chose à plusieurs colégataires par une même phrase, par une même disposition, la disposition faite au profit de ces légataires renferme par elle-même, et *per se*, et non *ex accidenti* d'une autre disposition, l'obligation de partager la chose léguée en cas de concours des colégataires. Il est vrai que le testateur n'ayant point assigné expressément de part à chacun, n'ayant point par conséquent limité à aucune part le legs qu'il faisait à chacun d'eux, on peut dire en un sens qu'il a légué à chacun d'eux la chose entière, mais il n'a légué la chose entière à chacun qu'à défaut des autres; chacun d'eux n'est donc proprement légataire *ex personâ suâ* que de la portion virile, il tient le surplus du chef des autres, dont les portions lui accroissent par leur défaut, et par conséquent il doit être tenu de toutes les charges imposées à ses colégataires, selon cette maxime, *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

De là il suit que cette espèce de colégataire ne doit avoir le droit d'accroissement qu'autant qu'il le voudra, *accrescit volentibus*, et qu'il peut se tenir à la part qu'il a de son chef.

Cette subtile distinction entre les différentes espèces de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que l'enseigne Ricard, admise dans nos usages, et tout colégataire, soit qu'il soit conjoint *re et verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantùm*, est tenu des charges imposées à ses colégataires, dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix [1] (*V.* Ricard, 3e part., ch. 4).

---

[1] La décision de Pothier est peut-être trop générale : il faut en effet distinguer entre les charges qui ne sont que personnelles à celui auquel le testateur les a nominativement imposées, et celles qu'on peut appeler *réelles* comme affectant la chose elle-même : les premières ne doivent pas, et les autres doivent être supportées par le colégataire qui profite de l'accroissement. *V.* Proudhon *Traité de l'Usufruit*, n° 645.

CHAPITRE VII.

De l'interprétation des legs[1].

SECT. Ire. — Règles générales sur l'interprétation des legs.

356. Règle Ire. — Les dernières volontés sont susceptibles d'une interprétation large, et on doit principalement s'attacher à découvrir quelle a été la volonté du testateur. *In testamentis pleniùs voluntates testantium interpretantur.* L. 12, ff. *de Reg. jur. In ambiguis orationibus maximè sententia spectanda est ejus qui eas protulisset.* L. 96, ff. *de Reg. jur.*

357. Règle II. — Il ne faut pas néanmoins s'écarter de la signification propre des termes du testament, s'il n'y a de justes raisons de croire que le testateur les a entendus dans un autre sens que leur sens naturel; *non aliter à significatione verborum recedi opportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* L. 69, ff. *de Leg.* 3°.

358. Règle III.—Lorsqu'il y a de justes raisons de croire que le testateur a entendu les termes dont il s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, il faut les entendre dans le sens dans lequel il y a lieu de croire que le testateur les a entendus plutôt que dans leur sens naturel.

Ces justes raisons sont : 1° Lorsque la disposition renfermerait une contradiction, si les termes étaient pris dans leur sens naturel. On peut apporter pour exemple des formules de substitution fidéicommissaire, dont se servent dans les testaments les notaires ignorants : *Je veux que la portion qu'un tel mon neveu aura dans ma succession, soit après sa mort substituée à ses enfants nés et à naître, en réservant seulement l'usufruit à mondit neveu.*

359. Il est clair, que dans cette formule, le terme d'*usufruit* n'est pas pris dans son sens naturel, c'est-à-dire, pour un droit séparé de la propriété qu'une personne a de jouir d'une chose, mais il est pris pour le droit de propriété grevé de substitution, que le testateur a appelé improprement *usufruit*, parce que de même que le droit d'usufruit s'éteint par la mort, de même le droit de propriété qu'a le grevé de substitution, doit s'éteindre par la mort en sa personne, s'il y a ouverture à la substitution, et passer en celle des substitués. Si on l'entendait autrement, la disposition impliquerait contradiction, car le testateur ayant voulu, suivant qu'il paraît par le commencement, grever son neveu de substitution, après sa mort, au profit des enfants de sondit neveu, de la portion qu'il aura dans la succession, c'est à-dire, le charger de restituer après sa mort cette portion à sesdits enfants, car voilà ce que signifie *substitution;* il répugnerait qu'il n'eût pas jusqu'à sa mort la propriété de cette portion, et qu'il n'en eût que l'usufruit, car il ne pourrait pas la restituer après sa mort, s'il ne l'avait pas; c'est la décision de la loi 15, ff. *de Aur. et arg. leg.* 2°.—C'est encore une juste raison d'entendre les termes dont le testateur s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, puisque, s'ils étaient pris dans leur sens naturel, ils exprimeraient quelque chose que le testateur n'aurait pu ordonner, ou aurait inutilement ordonné : *Quùm in testamento ambiguè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari*

[1] Notre Code ne contient aucune disposition expresse à cet égard; mais les règles que donne ici Pothier sont tellement conformes à la raison, qu'on doit les appliquer sans difficulté, à moins que la loi nouvelle n'y ait dérogé.

et secundùm id quod credibile est cogitatum, credendum est. L. 24, ff. *de Reb. dub.*

Par exemple, si dans nos coutumes, un testateur s'était exprimé ainsi : *J'institue un tel mon héritier*, le terme d'*héritier* dont il s'est servi ne doit pas s'entendre dans son sens naturel; car, dans ce sens, la disposition serait inutile, puisqu'*institution d'héritier* n'a pas lieu dans nos coutumes, et qu'elles ne reconnaissent d'autres héritiers que ceux que la loi fait, et qu'il n'est point au pouvoir des testateurs de se faire des héritiers testamentaires; ce terme d'*héritier* dans cette disposition, doit donc se prendre plutôt dans un sens impropre, pour *légataire universel*, qui est le sens dans lequel vraisemblablement le testateur l'a entendu.

360. Voici un autre exemple; si le testateur a fait un legs à un mineur, que le testateur devait connaître pour avoir déjà passé l'âge de pleine puberté, sous cette condition, *lorsqu'il sera parvenu à la puberté*, le terme de *puberté* ne doit pas s'entendre dans cette disposition dans le sens qu'il signifie; autrement le testateur aurait inutilement apposé cette condition; mais on doit prendre le terme de puberté pour l'*âge de majorité*, qui est le sens dans lequel il y a lieu de penser que le testateur l'a entendu; *si quis jam puberi, minori tamen viginti quinque annis sic legaverit, cùm ad pubertatem pervenerit, puto de ætate eum sensisse.* L. 50, § 5, ff. *de Leg.* 3°.

Il y a quantité d'autres exemples de cette règle, rapportés au *titre de Leg.*, n° 150 (*Pandectes* de Pothier).

361. Règle IV. — Une disposition doit s'entendre plutôt dans le sens selon lequel elle peut avoir effet, que dans le sens selon lequel elle ne pourrait en avoir aucun. Par exemple, si quelqu'un a fait des donations par contrat de mariage à sa femme, et qu'il lui en ait fait aussi pendant le mariage, et qu'étant dans une coutume qui permet de donner aux femmes par testament, et non pas entre-vifs, il se soit exprimé ainsi : *Je lègue à ma femme ce que je lui ai donné entre-vifs*, on doit entendre ces termes, de ce que le testateur lui a donné par les donations qu'il lui a faites pendant le mariage, et qui sont nulles, et non de ce qu'il lui a donné par contrat de mariage; car le legs n'aurait aucun effet s'il s'entendait de ces donations, puisqu'inutilement lègue-t-on à quelqu'un ce qu'on lui a valablement donné; c'est la décision de la loi 109, ff. *de Leg.* 1°.

362. Règle V. — Lorsqu'il ne paraît pas bien clairement, par les termes dont le testateur s'est servi, ce qu'il a voulu léguer, on doit faire usage de toutes les circonstances qui peuvent servir à découvrir la volonté du testateur.

Par exemple, si j'ai légué à mon filleul *une bourse de cent pièces de la monnaie qui aura cours, qui lui sera donnée le jour de ses noces;* dans le doute de quelles pièces le testateur a entendu parler, si c'est de louis d'or, ou d'écus de six francs, ou d'écus de trois livres, ou d'autre moindre monnaie, il faudra examiner d'abord l'usage du testateur; car s'il était dans l'usage de son vivant de faire à ses filleuls du même état que le légataire, lors de leurs noces, un présent d'une bourse de pièces de monnaie, il sera présumé avoir entendu parler de la même espèce de monnaie dont il avait coutume de faire présent de son vivant. A défaut de cette circonstance, l'usage du pays doit entrer en considération; car, si ces espèces de présents sont en usage dans le pays, et qu'entre gens de pareil état, ce soit ordinairement en des bourses de cent louis d'or que ces présents se font, le testateur sera présumé avoir entendu parler de bourses de cent louis d'or. La dignité de la personne du légataire, l'amitié que le testateur lui portait, entrent aussi en considération; enfin, les sommes qu'il a léguées à d'autres peuvent servir aussi à découvrir la volonté du testateur; car si, par le même testament, il a fait des legs à d'autres de ses filleuls de même état, d'une somme de 2,400 liv., de 2,500 liv., etc., on

pourra en conclure que la bourse de cent pièces dont il a entendu parler, est une bourse de cent louis d'or. L. 50, § *fin.* ff. *de Leg.* 1°.

363. Un autre exemple : ***J'ai légué à quelqu'un la terre des Granges ou des Mazures, à son choix;*** j'avais réuni à celle des Granges plusieurs autres terres; dans l'incertitude si c'est la terre entière des Granges, ou l'ancien domaine de cette terre que j'ai voulu léguer, la conformité de la valeur de l'ancien domaine des Granges, avec la terre des Mazures, dont j'ai donné le choix au légataire, est une circonstance qui sert à décider que je n'ai entendu parler que de l'ancien domaine. L. 1, ff. *de Reb. dub.*

Ce que le testateur a exprimé du motif de son legs, peut aussi entrer en considération pour juger du sens de la disposition, lorsqu'il est ambigu. L. 41, ff. *de Leg.* 3°.

Mais quand il est d'ailleurs clair, on ne doit point s'attacher à ce qu'a pu dire le testateur sur le motif de son legs. L. 4, ff. *de Alim. leg.*

364. Règle VI. — A défaut de circonstances sur la plus ou moins grande quantité de ce qui a été légué, on doit décider pour la moins grande, *semper in obscuris quod minimum est sequimur.* L. 9, ff. *de Reg. jur.*

Par exemple, si quelqu'un a légué à un étranger *une part telle qu'en aurait un de ses enfants dans ses biens;* si ses enfants y ont des parts inégales, celle du légataire doit être mesurée sur celle de l'enfant qui aura la moindre part. L. 43, § 1, ff. *de Leg.* 2°.

365. Autre exemple : si le testateur avait marqué qu'*il réduisait un légataire* à qui il avait fait différents legs, *à un seul de ceux qu'il lui avait faits,* il serait censé l'avoir réduit au moindre desdits legs; *sed quod magis est ademptum? ait posse dici exiguius esse præstandum.* L. 14, § 1, *de Leg.* 1°.

Cette règle cadre avec la précédente; car la cause d'un héritier étant plus favorable que celle d'un légataire étranger, c'est interpréter le legs dans le sens le plus favorable, que de l'interpréter contre le légataire, et dans le sens qui décharge davantage l'héritier.

C'est pourquoi cette règle peut souffrir exception, lorsque la personne du légataire est extrêmement favorable. (*Arg.* L. 38, § 2, ff. *de Aur. leg.*); ce qui doit avoir lieu, lorsque les successeurs universels, qui profiteraient de l'interprétation qui restreindrait le legs particulier, sont des étrangers moins favorables que le légataire particulier. *V.* L. 27, § 1, ff. *de Leg.* 3°.

366. Règle VII. — Ce n'est pas toujours celui par qui le testateur a marqué que la somme léguée serait comptée, qui est grevé du legs, mais plutôt celui que le testateur a eu effectivement envie de grever.

Par exemple, si le testateur a légué ainsi : *Je lègue à un tel une telle somme, que mon fermier d'un tel endroit lui paiera sur ses fermes*, c'est l'héritier, et non pas le fermier, qui est réputé grevé du legs de cette somme, quoique le testateur eût aussi fait des legs à ce fermier. L. 27, § *fin.* ff. *de Leg.* 3°.

Voyez d'autres exemples au n° 155 (tit. *de Leg.* Pandectes).

367. Règle VIII. — Ce n'est pas toujours celui à qui le testateur a marqué que la somme léguée serait comptée, qui est le légataire, mais c'est celui que le testateur a voulu gratifier.

Par exemple, s'il est dit dans un testament : *Je veux qu'on paie à Pierre les mille écus pour lesquels il retient mon cousin Jacques en prison :* il est évident que ce n'est pas Pierre qui est le légataire, mais Jacques; c'est pourquoi, si Jacques prédécède, le legs sera caduc. Il y a une espèce semblable dans la Loi 11, § 22, ff. *de Leg.* 3°. Et en général, toutes les fois qu'un testateur ordonne qu'on paiera à un créancier ce qui lui est dû par un tiers; le legs est plutôt censé fait au débiteur qu'au créancier; et pareillement, lorsque le testateur charge quelqu'un de ses légataires de payer ce qu'il doit, cette

disposition est censée faite plutôt au profit des autres successeurs du testateur, qui seraient tenus de cette dette, qu'au profit du créancier.

Cependant il peut y avoir des circonstances qui fassent présumer que le testateur, en ordonnant qu'on paierait aux créanciers d'un tiers ce qui lui était dû par le tiers, a voulu gratifier non-seulement le débiteur, mais aussi le créancier qui avait intérêt d'avoir un autre débiteur que le sien, qui n'était peut-être pas trop bon ; L. 3, § *fin.* et L. 4, ff. *de Lib. leg.* Cela se présume par les relations d'amitié, et en ce cas l'un et l'autre sont légataires, et peuvent demander l'accomplissement du legs ; c'est pourquoi le créancier, même dans le cas auquel le débiteur serait prédécédé, peut demander que les héritiers du testateur lui paient sa dette ; mais en ce cas, comme le legs fait au débiteur est éteint par son prédécès, les héritiers du testateur pourront, en payant, se faire subroger aux actions du créancier, pour répéter la somme contre les héritiers du débiteur, ce qu'ils ne pourraient pas faire si le débiteur, que le testateur a voulu libérer, eût survécu, et acquis le droit résultant du legs que le testateur a voulu lui faire.

368. Il y a plusieurs autres exemples de cas auxquels d'autres que la personne à qui le testateur a exprimé que la chose ou somme léguée est délivrée ou comptée, sont par les circonstances, présumés en être légataires. V. *tit. de Leg.* depuis le n° 156 jusqu'au n° 164, *Pandectes.*

369. RÈGLE IX. — Le legs général de toutes les choses d'une certaine matière, renferme celles qui ne sont pas entièrement de cette matière, et dans lesquelles il entre quelque autre matière, comme accessoire.

Par exemple, si quelqu'un avait légué *ses boîtes d'écaille,* le legs comprendrait celles qui auraient des charnières, ou des clous d'or ou d'argent. *Arg.* L. 100, § *fin.* ff. *de Leg.* 3°.

370. Si quelqu'un a légué *ses meubles de bois*, le legs comprend non-seulement ceux qui ne sont composés que de bois, comme des tables, etc., mais ceux dont le bois fait la principale matière, quoiqu'il y en entre d'autres, comme des armoires dans lesquelles il entre des serrures et fiches de fer ; les chaises et les fauteuils, quoique garnis de tapisseries plus précieuses que le bois qui en fait la principale matière, ce qui peut néanmoins dépendre des circonstances ; mais ce legs ne comprendra pas les miroirs, ni les tableaux, quoiqu'encadrés de bois, parce que le cadre n'en est que l'accessoire.

371. RÈGLE X. — Lorsque le testateur, qui fait un legs général des choses d'une certaine espèce, exprime qu'il les lègue avec certaine chose qui en est accessoire, le legs renferme tant celles qui ont cet accessoire que celles qui ne l'ont pas.

Par exemple, si quelqu'un a légué *le vin qui se trouve lors de son décès, avec les bouteilles dans lesquelles il serait contenu,* le legs renferme aussi celui qui serait dans des tonneaux, des foudres qui font partie des bâtiments. L. 6, L. 15, ff. *de Trit. vin leg.*

372. Si quelqu'un avait légué *ses chevaux avec leurs équipages*, le legs comprendrait même ceux qui n'ont point d'équipages.

La raison est que, ce que le testateur a ajouté touchant les accessoires, paraît plutôt ajouté dans la vue d'expliquer ou augmenter sa disposition, que dans la vue de la limiter.

373. RÈGLE XI. — Lorsque le testateur, par le legs général d'un genre de choses qui contient plusieurs espèces, ou genres subalternes, a énoncé une ou deux de ces espèces, il n'est pas censé à la vérité avoir, par cette énonciation, voulu restreindre son legs à ces espèces, mais plutôt avoir voulu déclarer que les espèces qu'il a énoncées étaient renfermées sous ce genre, ayant pu croire qu'on en aurait pu douter ; mais s'il a fait une énonciation détaillée de plusieurs espèces, il sera présumé avoir renfermé le legs dans ces seules espèces, à moins qu'il n'ait ajouté ces termes, *et autres*, ou bien, etc.

Cùm species ex abundanti per imperitiam enumerantur generali legato non derogatur; si tamen species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. L. 9, ff. *de Supell. leg*

Par exemple, si quelqu'un avait légué ainsi : *Je lègue mes meubles d'une telle maison, la bibliothèque et l'argenterie qui s'y trouvera*, il ne sera pas censé avoir restreint le legs général des meubles de cette maison à la bibliothèque et à l'argenterie; l'énonciation de la bibliothèque et de l'argenterie paraît n'être faite que dans la vue de lever le doute que le testateur pensait qu'il pouvait y avoir, « si ces choses étaient comprises sous le terme générique de *meubles d'une maison*. »

Mais s'il a légué ainsi : *Je lègue les meubles d'une telle maison, lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tables, coffres, armoires et batteries de cuisine;* ce long détail dans lequel il est entré, fait présumer qu'il a voulu expliquer tout ce qu'il a entendu comprendre par ce terme générique de *meubles d'une telle maison*, et le legs ne renfermera rien autre chose que les espèces exprimées, à moins qu'il n'ait ajouté un etc.

374. Règle XII. — Lorsque le testateur, par un legs général, énonce certaines choses particulières, comprises sous une certaine espèce particulière, ou genre subalterne, on en conclut qu'il n'a point entendu comprendre les autres choses de cette espèce particulière, ou genre subalterne. L. 18, § 11, ff. *de inst. vel. instr.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue les meubles d'une telle maison, et le Dictionnaire de Moréry qui y est*, les autres livres, quoique compris sous l'appellation générale de *meubles d'une telle maison*, ne seront point compris dans ce legs; car, s'il eût entendu les comprendre, il n'eût pas, par ce legs, légué en particulier le Dictionnaire de Moréry.

375. Règle XII. — Un legs général ne renferme point les choses de ce genre qui n'appartenaient point au testateur.

Par exemple, si j'ai légué *ma terre, avec tous les meubles qui servent à son exploitation*, je ne suis censé avoir légué que ceux qui m'appartiennent, et non ceux qui appartiennent à mes fermiers. L. 24, ff. *de Inst. vel. instr.*

Que si rien des meubles de cette terre n'appartenait au testateur, en ce cas, il serait censé avoir légué ce qui appartient à ses fermiers [1]; *eàd.* L. 24.

376. Règle XIV. — Un legs général ne renferme point non plus les choses comprises sous ce genre, qui n'ont été acquises que depuis la mort du testateur, quoique par son ordre. L. 4, ff. *de Aur. leg.*

377. Règle XV. — Un legs général ne comprend pas les choses comprises sous ce genre, qui ont été léguées en particulier à d'autres personnes.

C'est une suite de cette règle; *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem est.* L. 80, ff. *de Reg. jur.*

Par exemple, si j'ai légué à quelqu'un *toutes les provisions de bouche qui se trouveront lors de ma mort*, et que j'aie légué à un autre *le vin qui se trouvera dans ma cave lors de ma mort;* quoique ce vin soit compris sous ce terme général de *provisions de bouche*, il ne sera point néanmoins compris dans le legs général, parce que le testateur en a disposé envers un autre. L. 22, ff. *de Trit. vin. leg.*

Observez néanmoins que ce qui est compris dans une disposition particulière, n'est excepté du legs général qu'autant que la disposition particulière serait valable. L. *fin.*, § *fin.*, ff. *de Aur. leg.*

378. Règle XVI. — Le legs d'*une certaine rente viagère*, ou d'*une certaine somme une fois payée*, fait en termes généraux à chacune des personnes comprises sous un certain genre, ne comprend pas celles qui étaient mal avec le testateur, ni celles à qui le testateur a légué en particulier.

---

[1] *V.* art. 1021, *V.* ci-dessus, p. 269, note 1.

Par exemple, si j'ai légué *une certaine somme à chacun de mes domestiques qui sont à mon service*, ou *qui y ont été par le passé au moins pendant trois ans ;* un domestique qui y aurait demeuré pendant ce temps et plus, mais que j'aurais chassé, et que je n'aurais pas voulu voir depuis, ne serait pas censé compris dans cette disposition. *Arg.* L. 88, § 11, ff. *de Leg.*2°.

379. Si j'ai légué à chacun de mes domestiques *une certaine somme*, ou *une certaine rente viagère*, celui de mes domestiques à qui j'aurai légué en particulier quelque autre chose, ne pourra pas prétendre être compris dans le legs général ; cela néanmoins dépend des circonstances : car, si celui à qui j'ai fait un legs particulier était un de ceux qui paraissent avoir le plus mérité mon affection, et que le legs que je lui ait fait en particulier fût moindre que celui que j'ai fait, par la disposition générale, à chacun de mes domestiques, il y aurait lieu de présumer que je n'ai pas voulu, par le legs particulier, l'excepter du legs général. L. 19, § 1er, ff. *de Alim. leg.*

380. RÈGLE XVII.— La recommandation particulière faite, après un legs général de quelques personnes comprises sous une appellation générale, ne restreint pas le legs général aux seules personnes recommandées.

Par exemple, si j'ai légué 70 *livres de pension viagère à chacun de mes domestiques*, et que je dise ensuite : *Je recommande à mes héritiers André et Martine que j'aime beaucoup*, le legs que j'ai fait précédemment ne sera pas censé restreint, par cette recommandation, aux seuls André et Martine. *Arg.* L. 5. ff. *de Alim. leg.*

381. RÈGLE XVIII.—Dans les testaments, comme ailleurs, une disposition conçue au pluriel, se distribue en plusieurs dispositions singulières.

Par exemple, si j'ai légué ainsi : *Je lègue à Pierre et à Jacques une telle chose, s'ils sont à mon service lors de mon décès*, quoique l'un d'eux ait quitté le service du testateur, le legs ne laissera pas d'être valable à l'égard de celui qui y sera demeuré, et cette disposition équipolle à celle-ci : « Je lègue à Pierre telle chose, s'il est à mon service lors de mon décès ; je lègue à Jacques telle chose, s'il est à mon service lors de mon décès. » *Arg.* L. 29, § *fin.*, ff. *de Leg.* 3° L. 2, § 1er, ff. *de Cond. inst.*, et L. 33, § *fin.*, ff. *de Cond. et demonst.*

382. Un autre exemple. Si quelqu'un a légué ainsi : *Je fais Pierre mon légataire universel pour moitié, et Paul pour l'autre moitié ; et je leur substitue Jacques après leur mort ;* c'est comme s'il avait dit : *Je substitue Jacques à Pierre après sa mort, et à Paul après sa mort. Arg.* L., 78, § 7, ff. *ad Senatusc. Trebell.*

Cette interprétation dépend néanmoins des circonstances, car le substitué ne recueillera les biens qu'après la mort du dernier décédé, s'il y a des circonstances qui fassent connaître quelle a été la volonté du testateur, comme dans l'espèce de la loi 34, ff. *de Usuf. leg.*

383. RÈGLE XIX.— Ces termes, *mon héritier*, signifient tous mes héritiers. L. 43, ff. *de Leg.* 2°. L. 98, ff. *de Leg.* 3°.

384. RÈGLE XX. — Ces termes, *une telle chose*, signifient cette chose entière; ils signifient aussi la pleine propriété de cette chose.

Cette décision a lieu, quand même l'usufruit de cette chose aurait été légué à un autre ; c'est pourquoi, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue à Pierre ma maison de la Corne ; je lègue à Paul l'usufruit de la maison de la Corne ;* le legs fait à Pierre ne laissera pas de renfermer la pleine propriété de cette maison, et en conséquence il concourra avec Paul dans l'usufruit. [1]. L. 19, ff. *de Usuf. leg.* L. 1re, § 17, ff. *Ut leg. caus. cav.*

---

[1] Il nous semble qu'il faudrait plutôt considérer le legs d'usufruit fait à Paul, comme un retranchement du legs fait à Pierre et dire que Pierre

385. RÈGLE XXI. — Dans les testaments, comme ailleurs, ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte à toute la phrase, et non pas à ce qui précède immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phrase se rapporte entièrement en genre et en nombre à toute la phrase.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue à mes domestiques mes provisions de bouche, à l'exception des bouteilles de vin, qui sont à Paris ;* ces termes, *qui sont à Paris*, ne se rapportent pas seulement aux bouteilles de vin, mais à toute la phrase, et par conséquent il n'y aura de provisions de bouche comprises dans le legs, que celles qui sont à Paris, et non celles qui sont ailleurs.

386. Il en serait autrement s'il avait légué ainsi : *Je lègue mes provisions de bouche, à l'exception du vin qui est à Paris;* car ces termes, *qui est à Paris*, n'étant pas concordants en genre avec ceux-ci, *mes provisions*, ne peuvent s'y rapporter, et ne restreignent point par conséquent le legs aux seules provisions qui sont à Paris. .*Arg.* L. 8, ff. *de Aur. leg.*

387. RÈGLE XXII. — Le genre masculin renferme ordinairement le féminin ; mais le féminin ne comprend jamais le masculin.

Par exemple, lorsqu'ayant des frères et des sœurs, je fais un étranger légataire de mes biens, ou de quelque chose particulière, et que je le charge de restituer après sa mort ce que je lui laisse *à mes frères ;* par ces termes, *frères,* je suis censé avoir compris *mes sœurs.* L. 93, § 3, ff. *de Leg.* 3°.

388. Si, n'ayant qu'un enfant, je lègue ainsi : *Je fais mes légataires universels mon fils et les autres fils que je pourrai avoir par la suite,* je suis censé avoir compris les *filles* sous ce terme de *fils.* L. 116, ff. *de Verb. signif.* Au contraire, si je lègue *à mes filles,* mes *fils* ne seront point compris dans ce legs. L. 45, ff. *de Leg.* 2°.

389. Si quelqu'un lègue *ses chevaux, ses mulets, ses moutons*, les mules, les cavales et les brebis sont comprises dans le legs. L. 62, L. 65, § 6, ff. *de Leg.* 3°.—Au contraire si quelqu'un a légué *ses cavales*, *ses brebis*, les chevaux, les moutons, n'y seront point compris. *Exemplo pessimum est fœminino vocabulo etiam masculos contineri.* L. 45, ff. *de Leg.* 2°.

390. RÈGLE XXIII. — Une disposition conçue par termes du présent ou du passé, ne s'étend pas à ce qui survient depuis.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : *Je lègue à Pierre ce qu'il me doit :* ou *ce que je lui ai prêté*, le legs ne s'étend pas aux nouvelles dettes que Pierre aurait contractées depuis le testament envers le testateur. L. 28, § 2, ff. *de Lib. leg.*

Au reste, il suffit que la cause de la dette existât lors du testament, quoique le droit n'ait été ouvert que depuis.

391. Par exemple, si j'ai légué *à mon débiteur* d'une somme qui porte intérêt, *ce qu'il me doit*, le legs comprend les intérêts courus depuis le testament. L. 28, § 6, L. 31, § 4, ff. *de Lib. leg.*

392. Cette règle souffre exception :—1° à l'égard du legs de choses qui sont de nature à se subroger les unes aux autres; car ce legs, quoique conçu par termes du présent ou du passé, comprend tout ce qui se trouve au jour de la mort, comme lorsque je lègue *une métairie telle qu'elle est garnie* (L. 19, L.28, ff. *de Instruct. vel instr. leg.* L. 28, ff. *Quandò dies leg. vel fideicomm. cedat*), *un magasin et les marchandises qui y sont.*

393. La règle souffre une seconde exception à l'égard de cette clause qui se trouve dans les legs, *autant que la loi me permet de donner.* Car quoi-

aura la nue propriété seulement, et Paul l'usufruit intégralement. *V.* Proudhon, *Traité de l'Usufruit,* n°s 509, 510, et 511.

qu'elle soit conçue par termes du présent, néanmoins elle s'interprète de ce que le testateur peut donner au temps de sa mort. Par exemple, si dans une coutume qui ne défend pas aux conjoints de se donner par testament, une femme, ayant des enfants du premier mariage lors de son testament, lègue en ces termes : *Je lègue à mon mari ce que les lois me permettent de lui donner*, le legs sera valable pour le total, si lors de sa mort elle n'a plus d'enfants de son premier lit. *Arg.* L. 51, ff. *de Leg.* 2°.

La raison de cette exception est que les lois qui défendent de donner au delà d'une certaine quantité, se référant au temps de la mort, la disposition par laquelle le testateur déclare se soumettre à cette loi, doit s'y référer pareillement.

394. Une troisième exception est à l'égard de cette clause qui se trouve dans certains legs, *je veux qu'on donne à tels et à tels, tous les ans pendant leur vie ce que j'ai coutume*, ou *ce que j'avais coutume de leur donner pour leurs aliments, pour leurs étrennes*, etc., ces termes, *ce que j'ai coutume*, ou *que j'avais coutume, quæ vivus præstabam*, quoique termes du temps présent, ou du passé, du moins de l'imparfait, s'entendent de ce que le testateur aura eu coutume de leur donner, non au temps du testament, mais au temps qui aura précédé sa mort. L. 14, § 2, ff. *de Alim. leg.*

395. Une quatrième exception est à l'égard de la clause de prorogation dont il sera parlé ci-après.

396. Règle XXIV.—Une disposition conçue par termes du futur, se réfère au temps de la mort du testateur.

Par exemple, si dans les coutumes qui le permettent, j'ai légué *à ma femme tous les bijoux et joyaux qui* SERONT *à son usage*, ce legs conçu au futur, renferme tous ceux qui se trouveront lors de ma mort; au lieu que, si j'avais légué *tous les bijoux qui sont à son usage*, le legs ne renfermerait que ceux qui étaient à son usage, au temps du testament. L. 34, §§ 1er et 2, ff. *de Aur. leg.*

397. Quelquefois pour obvier aux fraudes du légataire, on est obligé de restreindre un legs quoique conçu au futur à la quantité que le testateur avait au temps du testament.

Par exemple, un épicier qui se reposait de son commerce sur son facteur, a légué à ce facteur *toutes les marchandises d'une certaine espèce qui se trouveront*, etc., ce facteur qui avait connaissance du legs, a rempli les magasins de son maître d'une quantité beaucoup plus grande de marchandises de cette espèce, que son maître n'avait coutume d'en avoir; on doit restreindre le legs de ces marchandises à la quantité que le testateur avait coutume d'en avoir lors du testament. L. 32, § 3, ff. *de Leg.* 2°. L. 34, § 1er *de Leg.* 3°.

398. Règle XXV.—Une disposition qui, dans les termes qu'elle est conçue, n'exprime ni temps présent, ni passé, ni futur, se rapporte ordinairement au temps du testament.

Par exemple, si j'ai légué à quelqu'un *mon argenterie*, le legs ne comprend que celle que j'avais lors de mon testament, et non de celle que j'aurais acquise depuis, *cum dicit argentum meum, hâc demonstratione*, MEUM, *præsens, non futurum tempus ostendit.* L. 7, ff. *de Aur. leg.*

399. Si j'ai légué à quelqu'un les *Journaux des savants depuis trois ans*, on doit entendre que ce sont ceux depuis trois ans avant le testament, et non ceux depuis trois ans avant la mort du testateur. *Arg.* L. 41, § 4, ff. *de Leg.* 3°, où il est dit que, si quelqu'un a légué *cinq de ses esclaves, à les prendre parmi ceux au-dessous de sept ans*, le legs doit s'entendre de ceux qui étaient au dessous de sept ans au temps du testament.

400. La règle souffre exception à l'égard du legs de choses qui se subrogent les unes aux autres, car, si cette espèce de legs se réfère au temps de la mort du testateur, quoique la disposition soit conçue en termes exprès

du temps présent, et comprend les choses qui se trouveront lors du décès, à plus forte raison doit-on le décider lorsque la disposition n'exprime aucun temps.

ART. II. — Règles d'interprétation, lorsque deux ou plusieurs dispositions se contredisent.

401. Lorsqu'un testateur a ordonné deux choses qui se contredisent, et qu'il a également persévéré dans l'une et l'autre de ses volontés, ou qu'on ne peut pas discerner quelle est celle dans laquelle il a persévéré, et celle à laquelle il a dérogé, l'une et l'autre se détruisent mutuellement, et n'ont aucun effet : *Ubi pugnantia inter se testamento jubentur, neutrum ratum est.* L. 188, *de Reg. jur.*

Ce qui est écrit en dernier lieu, est présumé contenir la volonté en laquelle le testateur a persévéré, et contenir une dérogation à ce qu'il a écrit auparavant de contraire : *in Testamentis novissimæ scripturæ valent.* L. 12, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

402. Cette règle souffrait exception à l'égard de la liberté et de l'institution de l'héritier, lesquelles ne sont point de notre usage.

La règle souffrait une autre exception, lorsque le testateur, dans ce qu'il avait ordonné en premier lieu, avait ajouté une clause par laquelle il dérogeait à ce qu'il pourrait par la suite ordonner de contraire ; car, en ce cas, ce que le testateur ordonnait de contraire en dernier lieu, était de nul effet, à moins qu'il n'eût expressément dérogé à la clause dérogatoire contenue en la première disposition. L. 22, ff. *de Leg.* 3°; L. 12, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

Cette exception n'a pas lieu parmi nous, car l'ordonnance de 1735, art. 16, déclare nulles et de nul effet toutes les clauses dérogatoires; c'est pourquoi, ce qui est écrit en dernier lieu déroge à ce qui a été écrit en premier lieu, nonobstant toutes les clauses dérogatoires, ajoutées à ce qui a été écrit en premier lieu, et sans qu'il soit besoin de déroger expressément à ces clauses dérogatoires.

403. Lorsqu'un testateur, par un même testament, a légué deux ou plusieurs fois à la même personne une même somme, il est censé avoir fait cette répétition par inadvertance, et le légataire ne peut prétendre qu'une seule fois cette somme, à moins qu'il ne prouve que la volonté du testateur a été de multiplier le legs. L. 34, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

Cette décision a lieu, lorsque ce sont les mêmes personnes grevées de la prestation du legs, ou lorsque le testateur n'a pas exprimé qui il en grevait, comme lorsqu'il a légué ainsi : *Je lègue à Pierre* 1,000 *livres*, et qu'après quelqu'autres articles de son testament, il a ajouté : *Je lègue à Pierre* 1,000 *livres*, Pierre ne pourra prétendre qu'une seule fois 1,000 livres.

Il en serait autrement s'il avait grevé différents héritiers par ses différentes dispositions, *putà* s'il avait ainsi légué : *Mon fils donnera à Pierre la somme de* 1,000 *livres ;* et plus bas : *Ma fille donnera à Pierre la somme de* 1,000 *livres ;* en ce cas, le légataire aurait droit de demander à chacun 1,000 livres. L. 44, § 1er, ff. *de Leg.* 2°.

404. Lorsque ce n'est pas par le même testament, mais par différents testaments ou codicilles, que le testateur a légué à quelqu'un plusieurs fois la même somme, elle lui sera due plusieurs fois, quoiqu'il en ait grevé les mêmes héritiers, ou qu'il n'ait pas exprimé qui il en grevait. L. 12, ff. *de Prob.*

La raison de différence est que, s'étant passé un intervalle de temps depuis la première disposition, il n'est pas nécessaire de supposer que le legs a été répété par inadvertance, le légataire ayant pu mériter une nouvelle marque d'amitié et de reconnaissance de la part du testateur.

405. Lorsque le testateur a légué par un codicille postérieur, une somme différente de celle qu'il avait léguée par un testament ou codicille antérieur, la présomption est qu'il a voulu augmenter ou diminuer la somme portée par le testament ou codicille antérieur, et non pas qu'il ait voulu léguer les deux sommes. L. 18, ff. *de Alim. leg.*

Cette décision a lieu, lorsque les deux sommes sont léguées à la même personne; il en serait autrement s'il avait légué une somme au père par son testament, ensuite par le codicille une autre somme aux enfants, ou à la femme. L. 27, ff. *de Leg.* 3°.

Art. III.—Règles pour l'interprétation de certaines clauses fréquentes dans les testaments.

§ Ier. *De la clause d'exception.*

406. Lorsque le testateur a fait un legs de ses biens, ou d'un certain genre de choses, à l'exception de certaines choses, la *clause d'exception* n'est valable qu'autant qu'on peut connaître quelles sont les choses que le testateur a voulu excepter. *Arg.* L. 36, ff. *de Leg.* 1°,

Quand on les connaît, elle a son entier effet, quand même le legs se trouverait par cette exception entièrement absorbé. Par exemple, si un homme, qui avait un grand nombre de chiens, lègue à quelqu'un *tous ses chiens, à l'exception de deux que son héritier retiendra à son choix*, et qu'il n'en laisse que deux en mourant, ces deux seront exceptés du legs, quoiqu'il n'en reste aucun autre. L. 65, ff. *de Leg.* 1°.

§ II. *De la clause de Prorogation*

407. On appelle *clause de prorogation*, une clause générale par laquelle le testateur accorde à ses héritiers un certain terme pour le paiement de ses legs, comme lorsqu'il dit : *Mon héritier aura le terme d'un an pour acquitter les legs du présent testament*, ou bien, *mes legs seront payables en trois termes, d'année en année.*

408. Cette clause ne comprend que les legs d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité, comme *tant de blé, tant de vin*, et non pas les legs de corps certains. L. 30, *ppio. et* § 6, ff. *de Leg.* 1°.

Elle ne comprend que les legs qui sont faits sans terme et sans condition; car ceux que le testateur a faits sous un certain terme, ou sous une certaine condition, sont payables lors de ce terme, ou de cette condition; *eâd.* L. 30, §§ 3, 4 et 5. Le terme particulier qui leur est assigné, déroge au terme général accordé pour le paiement des legs, suivant la maxime, *generi per speciem derogatur.*

Cette clause ne comprend pas non plus les legs que le testateur a déclaré expressément devoir être acquittés incontinent après sa mort, *præsenti die*; *eâd.* L. 30, § 2.

Elle ne comprend pas non plus les legs faits à un créancier de ce qui lui est dû, qui ne renferment d'autre avantage pour le légataire que l'avancement du paiement, et qui seraient entièrement inutiles, s'ils n'étaient payables qu'à l'expiration du terme accordé par la clause générale. L. 4, ff. *de Dot. prœleg.*

409. Cette clause, quoique conçue par terme du temps passé, comprend non-seulement les legs que le testateur a déjà faits, mais ceux qu'il fera depuis, soit par le même testament, soit par des codicilles postérieurs. L. 30, § *fin.* et L. 31, ff. *de Leg.* 1°.

Observez sur le sens de cette clause que, lorsqu'il est dit *que les legs seront payés en trois termes, d'année en année*, cela doit s'entendre en paiements

égaux, à moins que le testateur n'ait déclaré le contraire. L. 3, *ppio.* et § 1er, ff. *de Ann. leg.*

Que si le testateur a dit *que l'héritier pourrait les payer en trois paiements inégaux*, sans exprimer de quelle portion de la somme léguée devrait être chaque paiement, le juge les arbitrera eu égard à l'état de la succession. *eâd.* L. 3, § 2.

§ III. *De la clause de Répétition.*

410. La *clause de répétition* est une clause par laquelle le testateur répète au profit de quelqu'un le legs d'une somme, ou d'une chose qui lui a été déjà fait, ou qu'il a fait à un autre.

Cette clause s'exprime par ces termes : *De plus que cela, hoc ampliùs*, ou par ceux-ci : *Outre et par-dessus.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : « Je lègue à Pierre une telle métairie, et à Paul, *outre et par-dessus cela,* la somme de 100 pistoles,» il est censé par ces termes, avoir répété au profit de Paul le legs de la métairie qu'il avait fait à Pierre ; c'est pourquoi Paul et Pierre concourront au legs de cette métairie. L. 13, ff. *de Leg.* 3°.

411. Cette clause a quelquefois l'effet de rendre valable un legs qui était nul : *Legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem.* L. 19, ff. *de Leg.* 1°.

Par exemple, j'avais légué par mon testament à Pierre un héritage que je ne savais pas lui appartenir, le legs est nul ; Pierre l'ayant depuis aliéné, je m'exprime ainsi par un codicille : *Je lègue à Pierre* 100 *pistoles* DE PLUS QUE *je ne lui ai légué ;* ces termes *de plus que,* contiennent une répétition du legs de l'héritage fait par le testament, et ce legs qui était nul devient valable par la répétition, parce qu'au temps du codicille qui le contient, l'héritage n'appartenant plus au légataire, a pu lui être valablement légué [1].

Cette clause est quelquefois générale, comme lorsque le testateur s'exprime ainsi par un codicille : *Je lègue à chacun de mes légataires,* OUTRE ET PAR DESSUS *ce que je leur ai déjà légué, la somme de tant.*

§ IV. *De la clause d'augmentation de legs.*

412. Lorsqu'un testateur, par un codicille, déclare qu'il lègue *à tous ses légataires une fois autant qu'il leur a déjà légué ;* il est évident que cette clause ne comprend que les legs de sommes d'argent, ou de quantité, comme *tant de vin, tant de blé*, etc., et non pas les legs de corps certains.

Elle ne comprend pas non plus ceux par lesquels le testateur n'a fait qu'ordonner la restitution de ce qu'il devait avant le terme. L. 88, § 7, ff. *de Leg.* 2°.

413. C'est une question sur l'effet de cette clause, si, lorsque l'un des legs était fait sous des charges, on devait doubler la somme entière, ou seulement doubler celle qui reste après la déduction des charges. La loi 18, § 3, ff. *de Alim. leg.*, paraît décider qu'on doit doubler la somme entière, cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

ART. IV. — Règles pour l'interprétation de différents noms employés par les testateurs, pour désigner les choses qu'ils lèguent.

§ Ier. *Interprétation de quelques noms à l'égard de legs d'immeubles.*

414. Si j'ai légué *mes maisons d'Orléans*, le legs comprend celles que j'ai dans les faubourgs. L. 41, § 6, ff. *de Leg.* 3°.

---

[1] *V.* art. 1021, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 269, note 1.

Que si j'avais légué *les maisons que j'ai dans la ville*, il y aurait lieu de soutenir que celles des faubourgs n'y seraient pas comprises, pourvu qu'il y en eût au moins deux dans la ville, sur lesquelles pussent tomber cette expression. Cette décision est fondée sur la loi 2, ff. *de Verb. sign.* qui dit: *Urbis apellatio muris Romæ continentibus ædificiis finitur.* Lorsqu'on dit la *ville* simplement, cela paraît dit par opposition aux *faubourgs.*

Que si je n'avais pas dit simplement, *que j'ai dans la ville,* mais *que j'ai dans la ville d'Orléans,* on pourrait peut-être dire que celles des faubourgs y sont comprises. *Arg.* L. 4, § 4, ff. *de Pen. leg.,* qui dit : *Romam continentibus (finiri) et urbem Romam æquè continentibus.*

Si j'ai légué *mes biens de ville, mes maisons de ville*, je pense que celles des faubourgs y sont comprises ; car *maisons de ville* se disent par opposition aux *maisons de campagne,* et comprennent celles des faubourgs.

§ II. *Du legs des biens meubles, et du legs des meubles.*

415. Lorsque je lègue *mes biens meubles,* ou *mes effets mobiliers,* ce legs comprend toutes les choses mobilières, tant incorporelles que corporelles, et généralement tout ce qui n'est point immeuble [1].

Mais lorque je lègue *mes meubles*, le legs ne comprend que les choses qui servent à meubler mes maisons, soit à la ville, soit à la campagne; les marchandises, l'argent comptant, les billets n'y sont pas compris [2].

§ III. *Du legs d'une terre avec les meubles servant à son exploitation.*

416. Lorsque j'ai légué *une terre* que je faisais valoir *avec les meubles qui servent à son exploitation, fundum cum instrumento*, ce legs comprend toutes les choses qui servent à faire venir les fruits, à les recueillir et à les conserver, *ea quæ fructus cogendi, quærendi et conservandi gratiâ parata sunt.* L. 8, *de Instruct. vel. instr. leg.*; tels que sont les bestiaux qui servent à fumer les terres, les bœufs ou chevaux qui servent à les labourer, ou à voiturer les fumiers et les fruits; les charrues, les charrettes, les herses et tous autres instruments aratoires; les cuves, les tonneaux, les vans, les cribles, etc.

Ce legs comprend aussi les provisions pour la nourriture des valets et servantes employés pour l'exploitation de la terre, les marmites et autres ustensiles de cuisine, les meubles à leur usage. L. 12; L. 18, § 3, et 9, ff. *de Instr. vel instrum. leg.*

Mais ce legs ne comprend pas ce qui est dans la terre pour l'usage de la personne du père de famille : *Supellex, cœteraque, si qua in agro fuerunt quo instructior esset Paterfamilias, instrumento fundi non continentur.* L. 12, § 15.

§ IV. *Du legs d'une terre ou d'une maison meublée.*

417. Lorsque je lègue *une terre toute garnie, fundum ut instructus est*,

---

[1] *V.* art. 535, C. civ., premier alinéa.
Art. 535 : « L'expression *biens meubles,* celle de *mobilier* ou *d'effets mobiliers*, comprennent généralement tout ce qui est censé meuble « d'après les règles établies (par la loi). « —La vente ou le don d'une maison « meublée ne comprend que les meubles meublants. »

[2] *V.* art. 533, C. civ.
Art. 533 : « Le mot *meuble* employé « seul dans les dispositions de la loi ou « de l'homme, sans autre addition ni « désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les « dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des « arts et métiers, le linge de corps, les « chevaux, équipages, armes, grains, « vins, foins et autres denrées; il ne « comprend pas aussi ce qui fait l'objet « d'un commerce. »

le legs comprend non-seulement les meubles qui servent pour l'exploitation des métairies, mais il comprend aussi tous les meubles qui servent à meubler le château, et généralement tout ce qui y est pour l'usage du père de famille, *hoc legato, non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur.* L. 12, § 27, *de Instruct. vel instrum. Instructo continebuntur quæ ibi habuit ut instructior esset. eod.* §.

418. Ce legs comprend donc, de même que le legs d'*une maison garnie*, non-seulement les meubles d'hôtel, qui servent à garnir les appartements, comme lits, fauteuils, chaises, tapisseries, tableaux, tables, bureaux, armoires, batteries et ustensiles de cuisine; il comprend aussi l'argenterie, le linge de table, les draps, la garderobe, les carrosses, chevaux, les provisions du ménage, tant pour la table du père de famille que pour celle de ses domestiques, tant de ceux qui sont employés auprès de sa personne, que de ceux qui sont employés aux ouvrages de la campagne, et pour la nourriture des animaux, tant de ceux qui servent pour sa personne, que de ceux qui servent à l'exploitation des terres, telles que sont les provisions de blé, avoine, pailles, foins, vins, vinaigre, sel, liqueurs, fruits [1], etc., *si fundus sit instructus legatus et supellex continebitur et vestis non solùm stragula, sed et quid ibi uti solebat......... Aurum et argentum vina quoque, si quæ ibi fuerint usûs ipsius causâ, et si quid aliud ustensilium. eâd.* L. 12, § 28.

Les livres sont aussi compris dans le legs d'*une terre meublée*, ou d'*une maison de ville meublée* quoique quelques jurisconsultes en eussent douté; *eâd.* L. 12, §§ 34 et 43.

Mais les blés, vins, foins et autres fruits qui n'étaient point destinés pour la provision du père de famille, mais étaient destinés à être vendus, ne sont point compris dans ce legs: *Fructus ibi repositos ut venirent instructo non contineri; eâd.* L. 12, § 30.

419. Les choses qui y sont comme en réserve, et qui ne servent ni à meubler les appartements, ni à l'usage du père de famille, ne sont point non plus comprises dans ce legs: *Imagines hæ solæ videntur quæ in aliquo ornatu villæ fuerunt, sed si qua eò congesserat non usûs sui causâ, sed custodiæ gratiâ non continebuntur. eâd.* L. 12, §§ 36 et 29.

Les choses même qui servent à l'usage du père de famille, ne sont comprises dans ce legs, que lorsqu'elles y sont pour y être consommées ou pour y rester, et non pas celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le père de famille y fait: *Fundo sicut instructus est legato, omnia quæ vel ut ipse paterfamilias cum ibi ageret, vel ut fundus esset instructus, non temporis causâ in eo habuit, relicta esse juris auctoritate definitum est. eâd.* L. 2, ff. *de Verb. sign.*

C'est pourquoi, ce que nous avons dit que l'argenterie, la garderobe et autres choses qui servent à l'usage du père de famille étaient comprises dans le legs qui est fait de *la terre, telle qu'elle est garnie*, ne doit s'entendre que des choses de cette espèce qui sont dans cette espèce pour y rester, et non pas de celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le père de famille y fait, et qu'on remporte quand on s'en retourne.

§ V. *Du legs des choses qui sont dans un tel lieu.*

420. Lorsque le testateur a légué *sa terre, sa maison et tout ce qui y est*, le legs renferme les choses qui y sont pour y rester.

Celles qui y sont pour rester, y sont comprises, quoiqu'au temps de la mort du testateur elles ne s'y soient pas trouvées, le testateur les ayant en-

---

[1] *V.* art. 535, deuxième alinéa. *V.* ci-dessus, p. 341, note 1.

voyées ailleurs pour quelque temps à dessein de les y faire revenir; et au contraire celles qui s'y sont trouvées au temps de la mort n'y sont pas comprises, si elles n'y étaient pas pour rester, mais seulement pour un temps: *rebus quæ in fundo sunt legatis, accedunt etiam ea quæ non sunt, si esse solent, nec quæ casu ibi fuerint legata existimantur.* L. 78, § 7, ff. *de Leg*, 3°.

421. Par exemple, si un testateur qui a légué *une telle terre*, ou *une telle maison et ce qui y est*, avait prêté quelques livres ou quelqu'autre chose qui avait coutume d'être en sa maison, ou l'avait mise en dépôt pendant un voyage, ou mise en gage, de telle manière que la chose ne se trouvât pas lors de sa mort dans cette maison, cette chose ne laissera pas d'être comprise au legs, comme le décide fort bien Labéon, contre le sentiment d'Ofilius. L. 39, § 1er, ff, *de Aur. leg.*

Vice versâ, les choses qui seront trouvées dans cette terre, ou dans cette maison, lors de l'échéance du legs, ne seront pas comprises au legs, si elles n'y étaient pas pour y rester; par exemple, les bestiaux d'une autre terre, qui n'étaient dans celle-ci que pour y séjourner.

422. Suivant le même principe, les choses que le testateur avait dans cette terre, ou dans cette maison pour les vendre quand il en trouverait l'occasion favorable, tels que sont les blés, les vins de ses récoltes, à l'exception de ce qu'il a coutume d'en garder pour sa provision, et généralement toutes espèces de marchandises ne sont point comprises dans ce legs. L. 32, §§ 2 et 3, ff, *de Usuf. leg.*

Par la même raison, l'argent comptant qui s'y trouve, n'est point compris dans le legs, parce qu'il n'y était que pour en sortir à mesure que le testateur aurait occasion de le dépenser. L. 41, § 6; L. 44; L. 92; § 1er, ff. *de Leg.* 3°.

A l'égard des dettes actives dont les billets et cédules se seraient trouvés dans la maison; il est évident qu'elles ne sont point comprises dans ce legs, car les billets et cédules n'en sont que l'instrument probatoire, ces choses sont en elles-mêmes quelque chose d'incorporel qui ne peut être en aucun lieu[1]. L. 18, § *fin.*, ff. *de Inst. vel intrum. eâd.* L. 41, § 6.

§ VI. *Du legs de l'argenterie.*

423. Lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un *son argenterie*, si, comme je le pense, notre terme français *argenterie*, répond à celui d'*argentum factum*, ce legs comprend seulement la vaisselle d'argent. *Q. Mucius scribit argentum factum, vas argenteum videri esse.* L. 27, ff. *de Aur. leg.*, c'est-à-dire, tout ce qui sert pour la table, plats, assiettes, cuillers, fourchettes, couteaux, bassins, salières, chandeliers, réchauds, etc.

Les autres meubles d'argent n'y sont pas compris comme une table d'argent, des lustres et bras d'argent, un foyer d'argent, de petites statues d'argent. *Lectum argenteum vel si qua alia argentea suppellex fuit, argenti appellatione non continetur, si numero argenti habita non est, nec candelabra, vel sigilla quæ in domo reposita sunt.* L. 19, § 8, *de Aur. leg.*

Tout ce qui fait partie des bijoux ou de la toilette, quoique d'argent, n'est point compris non plus sous le terme d'*argenterie*, ni les médailles, encore moins l'argent monnoyé, *argentum factum rectè quis definierit quod nec in*

---

[1] *V.* art. 536, C. civ.

Art. 536 : « La vente ou le don d'une « maison, avec tout ce qui s'y trouve, « ne comprend pas l'argent comptant, « ni les dettes actives et autres droits « dont les titres peuvent être déposés « dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris. »

massâ, nec in laminâ, nec in signato, nec in supellectili, nec in mundo, nec in ornamentis insit., edd. L. 27, § 6.

S'il paraissait néanmoins que le testateur eût réputé dans son argenterie quelques-unes des choses que nous avons dit n'y être pas comprises, elles y seraient comprises, c'est pourquoi la loi ci-dessus citée dit : *si numero argenti habita non est.*

§ VII. *Du legs de la garderobe, de la toilette, des bijoux.*

424. Lorsqu'une personne lègue *sa garderobe*, ce legs comprend tout ce qui sert à nous vêtir, ce legs comprend toutes sortes de vêtements tant pour le jour que pour la nuit, les chemises comme les vêtements extérieurs, ce qui sert pour la chaussure et la coiffure, en quoi le legs de la garderobe a plus d'étendue parmi nous que le legs *vestimentorum*, qui ne comprenait pas la chaussure. L. 25, § 4, ff. *de Aur. leg.*

Les gants, les manchons, les manteaux, les parapluies, les parasols paraissent aussi devoir y être compris.

Le legs de la garderobe comprend non-seulement les habits ordinaires, mais les habits de masques, *vestis appellatione et scenica continetur,* (L. 127, ff. *de Verb. sign.*) et les habits de cérémonie, comme une robe rouge, une fourrure ; les habits de chœur d'un ecclésiastique, comme l'aumusse.

Ce legs ne comprend pas les pierreries, les anneaux, pendants d'oreilles, colliers, brasselets, ornements de tête, et autres choses semblables, qui servent plutôt à parer qu'à vêtir.

Il ne comprend pas les chasubles, les aubes, etc., ces choses faisant partie de la Chapelle plutôt que de la garderobe.

La toilette ne fait pas non plus partie du legs de la garderobe ; les choses qui composent la toilette d'une femme, composent une espèce particulière de meubles, qui peut répondre à ce que les Romains appelaient *mundus muliebris ; de quo vid. tit. de aur. leg.,* art. 2 (Pandectes). On connaît assez ce qui compose et fait partie de la toilette des femmes ; il n'est pas besoin ici de le détailler.

425. Les *bijoux* font aussi une espèce particulière de meubles ; elle a plus d'étendue qu'*ornamenta muliebria* chez les Romains, car le legs que fait une femme de *ses bijoux*, ne comprend pas seulement les choses qui servent à sa parure, tels que sont les colliers, pendants d'oreilles, brasselets, anneaux, pierreries, ornements de tête, rubans, etc., il comprend aussi les montres, tabatières, petites boîtes, bourses, petites statues, etc., il ne doit pas comprendre ce qui fait partie de la toilette ; car la toilette comprend une espèce particulière.

Un homme peut aussi léguer *ses bijoux.*

§ VIII. *Du legs des provisions de ménage, ou de maison.*

426. Ce legs a rapport à celui dont il est traité au titre du Digeste *de penu legatâ ;* il comprend toutes les provisions que le testateur avait, tant pour son usage que pour celui de ses domestiques, ses chevaux et autres animaux qu'il peut avoir à son service, comme le blé, le vin, le vinaigre, l'huile, le sel, le foin, l'avoine, la paille, le sucre, les confitures, les épiceries, *et passim tit. de Pen. leg.*

Le bois, le charbon, la chandelle, les bougies y sont aussi compris ; L. 3, § 9, ff. *de Pen. leg.* Quelques jurisconsultes néanmoins en avaient douté, parce qu'on définit ordinairement *penus quæ esui potuique sunt.*

Les vins et autres liquides, qui ne peuvent être sans les barils et tonneaux qui les renferment, entraînent avec eux les barils et les tonneaux où ils sont renfermés. L. 4, ff. *de Pen. leg.*

Les coffres, boîtes, paniers, qui renferment les autres provisions, ne sont

point compris dans ce legs, encore moins les ustensiles de cuisine. L. 3, § 11, L. 6, ff. *eod. tit.*

427. Ce legs comprend non-seulement les choses qui se sont trouvées dans la maison du testateur lorsqu'il est mort, mais même celles qu'il avait ailleurs, et qui néanmoins étaient destinées pour sa provision. L. 4, § 5; L. 7, ff. *eod. tit.*

Lorsque le testateur se servait pour son ménage, du blé, du vin, et autres marchandises semblables qu'il avait à vendre, sans avoir séparé ce qu'il destinait pour sa provision de ce qu'il destinait pour vendre, on doit prendre sur le total la quantité qu'il avait coutume de dépenser pour sa maison dans une année. *edd.* L. 4, § 2.

Observez aussi que ce legs ne comprend pas les provisions pour les serviteurs et animaux employés pour l'exploitation des terres du père de famille, mais seulement de ceux employés au service de sa personne. L. 3, §§ 6 et 7, ff. *eod. tit.*

§ IX. *Du legs des meubles d'hôtel, ou meubles meublants.*

428. Les *meubles d'hôtel*, ou *meubles meublants*, ont rapport à ce que les Romains appelaient *supellex;* c'est pourquoi, lorsque quelqu'un a légué *ses meubles d'hôtel, ses meubles meublants,* ou même simplement, *ses meubles,* je pense que ce legs comprend tout ce qui est nécessaire à garnir une maison pour l'usage ordinaire du père de famille, à l'exception des choses qui appartiennent à quelque autre genre particulier de meubles : *Supellectilis eas res esse puto quæ ad usum communem patrisfamiliæ paratæ essent, quæ nomen sui generis separatum non haberent.* L. 6, ff. *de Supell. leg.*

429. C'est pourquoi ce legs doit comprendre les lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tapis, miroirs, tables, bureaux, armoires, lustres, foyers, batterie de cuisine, vaisselle d'étain et de faïence, porcelaine, cristaux de table, linge de table [1]. L. 3, *ppio,* §§ 1[er], 3, 4, 5, ff. *eod. tit.*

L'argenterie, les provisions du ménage, la garderobe, la toilette, les bijoux, n'y sont point compris, car ces choses sont d'autres genres particuliers de meubles. L. 1; L. 7, § 1[er], ff. *eod. tit.*

La bibliothèque n'y est point comprise.

Les chevaux et équipages, et autres animaux, ne sont point non plus compris dans ce legs; (L. 2, *eod. tit.*), ni tout ce qui sert pour les voyages, comme les malles, valises, etc.

§ X. *Du legs d'une certaine somme par chacun an.*

430. Lorsque le testateur a légué à quelqu'un *une certaine somme d'argent, par chacun an pendant sa vie ;* selon les lois romaines, cette disposition contient autant de legs que de sommes, qui doivent être payées par chacun an de la vie du légataire, dont le premier échoit lors de la mort du testateur, et chacun des autres au commencement de chaque année, après la précédente révolue, de manière qu'il suffit que le légataire ait vécu le premier jour, pour

---

[1] *V.* art. 534, C. civ.

Art. 534 : « Les mots *meubles meublants* ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, siéges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. — Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. — Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement, sont comprises sous la dénomination de *meubles meublants.* »

qu'il transmette dans sa succession le legs de la somme entière, qui doit être payée pour cette année : *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale si vivat.* L. 4, ff. *de ann. leg. sed utrùm initio cujusque anni an finito anno cedat....... Labeo et Sabinus....... In omnibus quæ in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet.* L. 12, § 1er, ff. *Quandò dies leg. ced.*

Je ne pense pas que cette décision soit suivie parmi nous, et lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un *une certaine somme par chacun an*, ce legs est le legs d'une pension viagère dont la somme qui est léguée par chacun an, se distribue en autant de parties qu'il y a de jours dans chaque année, et qui échoit chaque jour; c'est pourquoi lorsque le légataire meurt, il ne transmet de cette pension dans sa succession que ce qui en a couru jusqu'au jour de sa mort [1].

431. Lorsque le testateur a légué *une certaine somme par chacun an pendant un certain nombre limité d'années*, par exemple, *pendant dix ans*, il est censé n'avoir fait qu'un seul legs distribué en plusieurs paiements partiels d'année en année pour la commodité du grevé; c'est pourquoi, si le légataire meurt pendant ce temps, il transmet dans sa succession la somme entière qui devait être payée pendant ce temps, il en serait autrement si le testateur avait marqué qu'il lui léguait ces sommes pour ses aliments, ou qu'il parût par les circonstances que telle était la volonté du testateur; L. 20, L. 26, § 2, ff. *Quandò dies leg. cedat.* C'est pourquoi dans ce cas le légataire ne transmettra dans sa succession que ce qui en aura couru jusqu'au jour de sa mort.

432. Lorsqu'on a légué à quelqu'un *une somme pendant qu'il vivra*, sans ajouter que ce serait par chacun an, on peut douter si c'est d'une seule somme une fois payée que le testateur a entendu parler, comme l'avait pensé Labéon, ou d'une rente viagère de cette somme, il est plus probable que c'est d'une rente viagère; ces termes pendant qu'il vivra, *donec vivat*, présentent ce sens. L. 17, ff. *de Ann. leg.*

---

[1] V. art. 1980, premier alinéa, C. civ.

Art. 1980 : « La rente viagère n'est « acquise au propriétaire que dans la « proportion du nombre de jours qu'il « a vécu.— Néanmoins, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le « terme qui a dû être payé, est acquis « du jour où le paiement a dû en être « fait. »

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

TRAITÉ
DES DONATIONS
ENTRE-VIFS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE

1. Nous n'admettons, dans le droit français, que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit; la *donation entre-vifs* et la *testamentaire* [1]. Ordonnance de 1731, art. 3.

La *donation entre-vifs* est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte [2].

2. Les donations entre-vifs sont ou *directes*, ou *fidéicommissaires*; elles sont *directes*, lorsqu'elles se font sans l'interposition d'une personne tierce; elles sont *fidéicommissaires*, lorsqu'elles sont faites par l'interposition d'un premier donataire, qui est chargé de restituer les choses données au second. Nous avons parlé de cette dernière espèce au *Traité des Substitutions* [3].

---

[1] *V.* art. 893, C. civ.

Art. 893 : « On ne pourra disposer « de ses biens, à titre gratuit, que par « donation entre-vifs ou par testa- « ment, dans les formes établies (par « la loi). »

[2] *V.* art. 894, C. civ.

Art. 894 : « La donation entre-vifs « est un acte par lequel le donateur se « dépouille actuellement et irrévoca- « blement de la chose donnée, en fa- « veur du donataire qui l'accepte. »

On voit que le Code n'a point adopté l'expression *convention* employée par Pothier. Le projet de Code civil disait que la donation était *un contrat*. Le premier consul fit observer que le *contrat* impose des charges mutuelles aux deux contractants; qu'ainsi cette expression ne pouvait convenir à la donation. Cette observation manque d'exactitude; cependant elle occasionna la substitution du mot *acte* à celui de *contrat*. On dispute encore aujourd'hui dans les écoles pour savoir s'il faut définir la donation un *contrat* ou un *acte*. Si, par contrat, on entend tout accord de deux volontés, il est certain que la donation est un contrat; mais si on veut la définir un contrat pour lui appliquer toutes les règles générales des contrats, ce sera une erreur : si elle est un contrat, il est *sui generis*, il a ses règles particulières.

[3] Le Code prohibe en général les substitutions (art. 896, C. civ.)

Art. 896 : « Les substitutions sont « prohibées. — Toute disposition par

3. La donation entre-vifs est du droit des gens [1]; nos lois civiles l'ont assujettie à certaines formes.

Nous traiterons d'abord :

1° Des personnes qui peuvent donner; à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données;

2° Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes elles doivent être faites;

3° De l'effet des donations entre-vifs, et des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir un retranchement.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent donner; à qui on peut donner; et des choses qui peuvent être données.

ART. Iᵉʳ. — Des personnes qui peuvent donner entre-vifs.

4. La donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, peuvent donner entre-vifs. C'est pourquoi les aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au droit civil : le droit de tester ne peut par conséquent appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est, comme nous l'avons dit, du droit des gens auxquels les aubains participent [2].

5. Si les religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce qu'ils sont privés des droits civils; mais c'est que ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

Ceux qui, étant hors du cloître, ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule.

6. Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit, si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs; mais elles le peuvent avec son autorisation [3].

« laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de « conserver et de rendre à un tiers, « sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du « légataire. — Néanmoins les biens « libres formant la dotation d'un titre « héréditaire que le Roi aurait érigé « en faveur d'un prince ou d'un chef « de famille, pourront être transmis « héréditairement, ainsi qu'il est réglé « par l'acte du 30 mars 1806 et par « celui du 14 août suivant. »

[1] La donation entre-vifs dans son principe est du droit des gens : mais le droit civil s'en est fortement emparé sous le rapport des formes.

[2] Le droit d'aubaine est aujourd'hui aboli par la loi du 14 juillet 1819, art. 1ᵉʳ, qui abroge les art. 726 et 912, C. civ.

[3] V. art. 905, 1ᵉʳ alinéa, C. civ.

Art. 905 : « La femme mariée ne « pourra donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement spécial « de son mari, ou sans y être autorisée « par la justice, conformément à ce « qui est prescrit par les art. 217 et « 219, au titre *du Mariage*. — Elle « n'aura besoin ni de consentement « du mari, ni d'autorisation de la « justice, pour disposer par testament. »

7. Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parce que la loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens [1].

S'ils étaient émancipés, soit par le mariage, soit par lettres, ils pourraient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses, mais il ne pourraient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite [2].

8. Il est évident que les insensés ne peuvent donner, puisque la donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu, quoique l'insensé ne fût pas interdit par sentence lors de la donation qu'il aurait faite; mais, en ce cas, c'est à ceux qui l'attaqueraient à justifier qu'au temps de la donation, le donateur n'avait pas l'usage de la raison.

9. Il en est autrement du prodigue [3]; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisqu'ayant l'usage de la raison, il est capable de consentement; il ne l'est que par la sentence du juge, qui, en le privant de l'administration de l'aliénation de son bien, le rend incapable de donner; d'où il suit que les donations qu'il aurait faites avant cette sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, sont valables [4].

Si un interdit, pour cause de démence, avait recouvré la raison, et qu'il eût fait depuis une donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par sentence, la donation serait-elle valable?—Ricard dit qu'oui (1re part., ch. 3, sect. 3, n° 147). La loi première, ff. *de Curat. furioso,* semble autoriser son sentiment;

---

[1] *V.* art. 904, C. civ.

Art. 904 : « Le mineur parvenu à « l'âge de seize ans ne pourra disposer « que par testament, et jusqu'à con- « currence seulement de la moitié des « biens dont la loi permet au majeur « de disposer. »

[2] Le mineur émancipé n'étant capable de faire que les actes de *pure administration* n'a pas le droit de donner son mobilier (art. 481, 484, C. civ.).

Art. 481 : « Le mineur émancipé « passera les baux dont la durée n'ex- « cédera point neuf ans; il recevra ses « revenus, en donnera décharge, et « fera tous les actes qui ne sont que « de pure administration, sans être « restituable contre ces actes dans tous « les cas où le majeur ne le serait pas « lui-même. »

Art. 484 : « Il ne pourra non plus « vendre ni aliéner ses immeubles, ni « faire aucun acte autre que ceux de « pure administration, sans observer « les formes prescrites au mineur non « émancipé. — A l'égard des obliga- « tions qu'il aurait contractées par voie « d'achats ou autrement, elles seront « réductibles en cas d'excès : les tri- « bunaux prendront, à ce sujet, en « considération la fortune du mineur, « la bonne ou mauvaise foi des per- « sonnes qui auront contracté avec « lui, l'utilité ou l'inutilité des dépen- « ses. »

[3] *V.* art. 502 et 503, C. civ.

Art. 502 : « L'interdiction ou la no- « mination d'un conseil aura son effet « du jour du jugement. Tous actes « passés postérieurement par l'inter- « dit, ou sans l'assistance du conseil, « seront nuls de droit. »

Art. 503 : « Les actes antérieurs à « l'interdiction pourront être annulés, « si la cause de l'interdiction existait « notoirement à l'époque où ces actes « ont été faits. »

[4] D'après le Code, on nomme aux prodigues un conseil judiciaire (art. 513, C. civ.).

Art. 513 : « Il peut être défendu « aux prodigues de plaider, de trans- « iger, d'emprunter, de recevoir un « capital mobilier et d'en donner dé- « charge, d'aliéner, ni de grever leurs « biens d'hypothèques, sans l'assi- « stance d'un conseil qui leur est nom- « mé par le tribunal. »

Mais la loi ne permet pas, comme au cas d'interdiction, d'attaquer les actes antérieurs.

car en parlant des fous et des furieux, elle dit : *Tamdiù erunt ambo in curatione quamdiù vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Cet auteur conclut de ces mots, *ipso jure*, que l'interdit qui a recouvré la raison, recouvre de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une sentence du juge qui le relève, la faculté de disposer de ses biens ; et en conséquence il pense que le donataire peut défendre la donation qui lui a été faite, en justifiant que le donateur, lors de la donation, avait recouvré la raison.—Je pense qu'il serait dangereux d'admettre, en ce cas, un donataire à la preuve d'un pareil fait ; et que le donateur qu'on prétend avoir recouvré la raison, doit demeurer sous l'interdiction jusqu'à ce qu'il se soit fait relever. En cela il ne souffre aucun tort, puisque ne tenant qu'à lui de faire constater au juge du recouvrement de sa raison, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la loi première, ff. *de Curat. furios.*, où il est dit : *Ipso jure desinunt esse in curatione,* Wissembach, *ad hunc titulum,* remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation, *ita tamen ut priùs judici de receptâ mentis sanitate, aut sanis moribus constare fecerint* [1].

10. Un sourd et muet, qui ne sait pas écrire, ne peut donner des signes certains de sa volonté, d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et par conséquent qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en est autrement de celui qui est seulement sourd ou muet.

11. Un malade, de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. Les coutumes de Paris, art. 277, et d'Orléans, art. 297, en ont des dispositions. Elles disent que : « Toutes donations, encore qu'elles « soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit malades de la « maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort, et testa- « mentaires, et non entre-vifs [2]. »

La raison de ces dispositions est que les donations faites par personnes qui sont en cet état, ne peuvent plus avoir le caractère de libéralité propre aux donations entre-vifs, lequel consiste à préférer pour les choses données le donataire à soi-même : *Qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm se.* Elles n'ont que celui des donations pour cause de mort, qui consiste à préférer le donataire, non pas à soi, mais à tout autre : *Qui donat mortis causâ, mavult se habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm suum hæredem.* En effet, on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur, qui se voit toucher à sa fin, préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, et que la mort lui va enlever.

12. Ces dispositions de coutumes auraient-elles lieu, si le donateur avait expressément déclaré par l'acte de donation, que son intention était que la

---

[1] La question ne peut être douteuse aujourd'hui. (art. 512, C. civ.)

Art. 512 : « L'interdiction cesse avec « les causes qui l'ont déterminée : « néanmoins la mainlevée ne sera « prononcée qu'en observant les for- « malités prescrites pour parvenir à « l'interdiction, et l'interdit ne pourra « reprendre l'exercice de ses droits « qu'après le jugement de main- « levée. »

[2] Ces dispositions ne sont point reproduites dans le Code : pourvu que le donateur soit sain d'esprit (art. 901, C. civ.), et que les formes de la donation entre-vifs soient observées, l'acte sera une véritable donation entre-vifs et en produira tous les effets. Dès lors, les questions agitées par Pothier sur ce point ne présentent plus aujourd'hui d'intérêt.

Art. 901 : « Pour faire une donation « entre-vifs ou un testament, il faut « être sain d'esprit. »

donation eût le même effet que s'il eût donné en pleine santé, et qu'il avait volonté de donner, quand même il pourrait compter sur une longue vie ?

Il faut dire que la donation n'en serait pas moins pour cause de mort, parce qu'une personne s'abuse elle-même quand elle est dans cet état; et quoiqu'elle pense alors qu'elle donnerait également, si elle était en santé, il ne s'ensuit nullement qu'elle aurait la même volonté si elle y était effectivement. Quelques protestations que fasse alors le donateur, il ne peut plus être censé préférer le donataire à lui-même dans une chose qu'il ne peut plus conserver, et par conséquent sa donation ne peut plus avoir le caractère de donation entre-vifs, et être une vraie donation entre-vifs, en quelques termes qu'elle soit conçue. Tel paraît être l'esprit de nos coutumes, qui est en cela différent du droit romain, suivant lequel un mourant ne laissait pas de donner entre-vifs : *Ita ut moriens magis quàm mortis causâ donasse videretur.*

13. Il suit de ces principes que, pour que les dispositions des coutumes aient lieu, il faut que deux choses concourent touchant la maladie, et le temps auquel la donation a été faite.

1° Il faut que dans le temps auquel la donation a été faite, la maladie fût dès lors déclarée mortelle.

Que si la donation a été faite dans le commencement d'une maladie qui paraissait peu dangereuse, quoique depuis ayant empiré elle ait conduit le donateur au tombeau, la donation ne sera pas réputée faite pour cause de mort, puisqu'elle a été faite dans un temps où le donateur ne croyait pas mourir.

2° Il ne suffit pas que la maladie fût, lors de la donation, une maladie déclarée mortelle, il faut encore qu'elle eût trait à une mort prochaine. Que si la maladie, lors de la donation, était mortelle de sa nature, mais qu'elle n'eût trait qu'à une mort éloignée, et n'empêchât pas le donateur de pouvoir encore espérer plusieurs années de vie; telle qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à un certain période; en ce cas, la donation ne sera pas réputée pour cause de mort, car on ne peut pas dire, en ce cas, que le donateur n'a donné la chose que parce qu'il ne pouvait plus la conserver.

14. Quelques coutumes déterminent un temps dans lequel il faut que la mort soit arrivée, pour que la maladie soit censée avoir eu un trait prochain à la mort, et pour que la donation soit par conséquent réputée pour cause de mort. Par exemple, dans la coutume de Normandie, il faut que le donateur soit mort dans les quarante jours; à Montargis, il faut qu'il soit mort dans les trente jours. Ces coutumes doivent être renfermées dans leur territoire; mais dans celles qui n'ont pas déterminé le temps, comme sont celles de Paris et la nôtre, il est laissé à l'arbitrage du juge qui doit juger par les circonstances, autant que par le temps que le donateur a vécu depuis sa donation, si la maladie avait un trait prochain à la mort.

Dans cette variété de coutumes, dont les unes fixent le temps à trente, les autres à quarante jours, les autres le laissent à l'arbitrage du juge, c'est celle où les biens sont situés qui doit décider; car les statuts qui n'ont pas pour objet l'état des personnes, mais le droit ou la manière de disposer des choses, sont des statuts réels qui exercent leur empire sur toutes les choses situées en leur territoire, et non sur aucune autre, selon la nature des statuts réels.

Si les choses données étaient des effets mobiliers ou des rentes constituées, comme ces choses n'ont pas de situation, c'est pour lors la coutume qui régit la personne du donateur, c'est-à-dire celle de son domicile, qui doit décider.

15. Les coutumes de Paris et d'Orléans parlent de *personnes gisantes au lit :* la donation en serait-elle moins réputée pour cause de mort, parce que le donateur, lors de sa donation, aurait été dans son fauteuil, si d'ailleurs, dès

ce temps, la maladie avait un trait prochain à la mort?—Sans doute qu'elle n'en serait pas moins réputée pour cause de mort, car c'est sur le trait prochain à la mort qu'est fondée la raison de la coutume, et non sur la circonstance, étant par elle-même fort indifférente à la raison de la loi. Si la coutume l'a exprimée, elle ne l'a fait que pour exprimer la grièveté de la maladie qu'elle exigeait, et non comme une condition de sa disposition qui dût être littéralement observée. Il y a de certaines maladies qui ne permettent pas au malade de garder le lit; comme par exemple l'hydropisie. Certainement la donation faite par un hydropique, dans les derniers périodes de sa maladie, et peu de jours avant sa mort, n'en sera pas moins réputée pour cause de mort, parce qu'il était dans son fauteuil.

16. Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la coutume ayant parlé de la maladie dont le donateur décède, une donation entre-vifs, et faite par un malade, dans un temps où on désespérait de sa vie, et qui néanmoins, contre toute attente, a été guéri, doit être réputée pour cause de mort, et si, en conséquence, le donateur revenu en santé la peut révoquer.—La lettre de la coutume paraît décider pour la négative; mais je pense, avec Duplessis, (sur art. 277, Paris, *des Donations*, liv. 2, ch. 2, sect. 2), que, si on prend bien son esprit, on doit au contraire décider pour l'affirmative. En effet, une donation faite par un malade qui est mort par la suite de sa maladie, était, dès ce temps, et avant que la mort fût survenue, non une donation entrevifs, mais une donation pour cause de mort. Si elle n'eût pas été telle dès lors, la mort qui est survenue depuis, n'aurait pu la rendre telle et changer sa nature; car la nature d'un acte se forme lorsque l'acte se contracte, et ne peut pas dépendre de ce qui arrive par la suite. Si on admet, comme on ne peut refuser de l'admettre, que la donation était pour cause de mort, dès avant que la mort fût survenue, je demande qui est-ce qui la rendrait telle? Ce ne pouvait être la mort qui la rendait telle, puisqu'elle n'était pas encore arrivée; mais c'était la persuasion de la proximité de cette mort, qui faisait regarder au donateur les choses qu'il donnait, comme des choses qu'il ne pouvait plus conserver. Si dans l'hypothèse où le donateur est mort, ce n'est pas précisément la mort qui depuis est survenue, mais plutôt la persuasion de la proximité de cette mort qui a donné à la donation pour cause de mort ce caractère, on doit décider pareillement, dans l'hypothèse présente, que la donation est pour cause de mort, quoique le donateur, contre toute attente, ne soit pas mort; puisque ce n'est pas précisément la mort qui donne à la donation ce caractère, mais la persuasion de la mort, qui s'est trouvée également dans cette hypothèse comme dans la précédente.

17. Les termes des coutumes de Paris et d'Orléans : *de la maladie dont ils décèdent*, ne doivent pas être pris littéralement, et doivent être entendus d'une maladie qui ne laisse pas d'espérance de guérison. La coutume de Nivernais l'exprime bien plus exactement; elle porte : « de la maladie dont il « meurt après, ou de maladie vraisemblablement dangereuse de mort. »

Quoiqu'une donation faite dans une maladie dangereuse soit réputée pour cause de mort, et, qu'en conséquence, le donateur revenu en convalescence puisse la révoquer; néanmoins si, depuis la convalescence, il l'a laissé subsister pendant un temps très-considérable, ce long silence peut la faire présumer entre-vifs. Il y a lieu de dire que le donateur, quoique dangereusement malade., était dans la disposition de donner la chose à son donataire, quand même il pourrait la garder, et que la circonstance de sa maladie n'a pas été le motif principal de sa donation, l'événement ayant justifié cette disposition, puisqu'il ne l'a pas révoquée, quand il a eu recouvré la santé.

18. Il reste à observer que ces donations, que les coutumes réputent pour cause de mort, sont absolument nulles, et ne sont même pas valables pour ce dont il est permis de disposer pour cause de mort. Il n'y a plus lieu d'en douter depuis l'ordonnance de 1731 qui porte, article 4 : « Que toute donation

« entre-vifs qui ne serait pas valable en cette qualité, ne pourra valoir comme « donation à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle « soit revêtue. » En effet, étant essentiel aux dispositions testamentaires d'être l'acte pur de la volonté du testateur, toute donation conçue entre-vifs, et faite par forme de convention entre le donateur et le donataire, manque de ce qu'il y a de plus essentiel à la forme des dispositions testamentaires, et par conséquent, de quelques autres formalités qu'elle soit revêtue, elle ne peut valoir comme disposition testamentaire. Et, comme par l'article précédent, l'ordonnance n'admet aucune autre disposition pour cause de mort, il s'ensuit que ces donations qui ne peuvent valoir, ni comme donations entre-vifs, ni comme testamentaires, sont absolument nulles. Ce sentiment, suivi par l'ordonnance, était dès avant elle le plus autorisé. Ricard en rapporte deux arrêts; c'était le sentiment de Lalande, et de plusieurs autres jurisconsultes.

19. La jurisprudence a étendu, suivant l'avis de Dumoulin et Coquille, la disposition de ces coutumes aux donations faites par un novice, et les répute pareillement pour cause de mort, quoique conçues entre-vifs, et elles sont par conséquent nulles. Il y en a un arrêt dans Soefve (du 16 mars 1681, t. 2, centurie 4, ch. 99).

Il y a même raison, on peut même dire qu'il y a une plus forte raison de décider ainsi dans le cas présent; car l'amour de la vie fait souvent que le malade espère la guérison contre toute espérance; au lieu que le novice qui souhaite faire profession, ne doute pas qu'il va quitter le siècle, et par conséquent que les biens qu'il donne sont des biens qu'il ne peut plus conserver, ce qui donne à sa donation le caractère de donation pour cause de mort, encore plus qu'à celle faite par un malade.

De même que la donation faite par un malade, de la vie duquel on désespérait, ne laisse pas, suivant l'opinion que nous avons embrassée, d'être réputée pour cause de mort, quoique, contre toute attente, il ait recouvré la santé; de même on peut dire que la donation faite par un novice ne laisse pas d'être réputée donation pour cause de mort, quoique depuis il ait quitté l'habit. Car il suffit que, lors de la donation, il ait donné dans la persuasion qu'il devait faire profession, quoique des accidents imprévus l'aient fait depuis changer de volonté.

20. On a demaudé si la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation, doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement?—Il faut dire que non; car, si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent : s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion qu'il serait condamné, et qu'il ne pourrait plus longtemps conserver les choses par lui données. Une personne qu'on suppose innocente doit être par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation. Il y aurait plus de difficulté si la donation avait été faite depuis une condamnation capitale, et que le donateur fût mort pendant l'appel. Néanmoins on devrait encore, en ce cas, le présumer innocent; et ses héritiers qui attaqueraient la donation, auraient mauvaise grâce, et ne seraient pas recevables à le supposer coupable. Mais, en le supposant innocent, ne pourrait-on pas présumer que l'erreur des témoins qui auraient déposé contre lui et la sentence intervenue sur cette erreur, l'auraient tellement découragé, quoique innocent, qu'il désespérât de son absolution, et qu'en conséquence un homme dans ces circonstances ait donné ses biens, dans la persuasion qu'il ne pourrait les conserver et qu'il serait condamné, ignorant qu'il n'était pas permis d'en disposer en fraude de la confiscation. Cela doit beaucoup dépendre des circonstances. Il y aurait d'autant plus lieu de le présumer, si la donation était considérable et faite sans réserve d'usufruit. On ne devrait pas

au contraire présumer cette intention, si la donation était modique, ou faite avec réserve d'usufruit.

21. Si le donateur, depuis la donation, a été absous, on présumera encore plus difficilement qu'il ait donné dans la persuasion qu'il serait condamné, et par conséquent la donation sera encore plus difficilement réputée pour cause de mort. Néanmoins, s'il avait donné tout son bien, ou la plus grande partie, sans la réserve d'usufruit, il y aurait lieu de présumer que le trouble, la frayeur, le découragement dans lequel même un innocent peut tomber, auraient donné lieu à la donation, et sa cause serait très favorable, s'il demandait, sous ce prétexte, la révocation de sa donation.

Si le donateur a été depuis condamné, la donation ne sera pas valable par une autre raison, qui est, qu'un accusé ne peut donner en fraude de la confiscation [1].

22. On a agité la question, si la disposition des coutumes devait être étendue aux donations faites à la veille d'un grand danger, comme par un homme qui est sur le point de se faire tailler?—Je pense que non; car ce n'est pas la crainte seule du danger de la mort, mais c'est la persuasion qu'on n'en échappera point, qui, selon l'esprit des coutumes, ôte aux donations le caractère de donations entre-vifs, en empêchant qu'on ne puisse dire que le donateur préfère le donataire à soi-même, à l'égard des choses qu'il sait ne pouvoir plus conserver. Or, une personne qui va se faire tailler, n'est pas dans ces circonstances, elle est au contraire présumée prendre ce parti dans l'espérance de la guérison, et non pas par le motif de finir une vie douloureuse; car ce motif étant contraire au droit naturel qui nous ordonne la conservation de notre vie, on ne doit pas le présumer.

On doit décider, par la même raison, qu'une femme dans sa grossesse, quelque voisine qu'elle soit du terme, n'est pas incapable de donner entre-vifs; car, quoiqu'elle coure un danger notable de mort, elle conserve une parfaite santé, et espère une heureuse délivrance, et par conséquent elle ne regarde pas les choses qu'elle donne comme des choses qu'elle ne pouvait plus conserver. Il en serait autrement si, lors de la donation, la grossesse se trouvait accompagnée d'accidents extraordinaires qui conduisissent la femme au tombeau.

23. Un homme, quelque âgé qu'il soit, fût-il centenaire, n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade, car, quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espère toujours au moins quelques années de vie, et est souvent autant et plus attaché à ses biens, qu'il espère conserver pendant le reste de sa carrière, que ne le serait un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfère le donataire à soi-même, et par conséquent il peut faire des donations qui aient le caractère de donations entre-vifs.

ART. II. — Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs.

§ Ier. *Des étrangers.*

24. Non-seulement les Français, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre-vifs; et, en cela, les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre-vifs sont du droit des gens, auquel les étrangers participent; au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens [2].

---

[1] La confiscation est abolie.
[2] L. 14 juillet 1819, art. 1er, *V.* ci-dessus, p. 256, note 4.

§ II. *Des mineurs et interdits.*

25. Les mineurs et interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, et ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs et curateurs; car l'interdiction sous laquelle ils sont, et la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs et curateurs n'étant requise que pour leur subvenir, et empêcher qu'ils ne dissipent ce qui leur appartient, cette interdiction et le défaut de cette autorisation ne doivent pas les empêcher d'acquérir et de faire leur condition meilleure, en acceptant les donations qui leur sont faites. De là la maxime de droit : *Pupillus sinè tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest*[1].

Il y a plus de difficulté à l'égard des fous et des enfants, parce que la donation entre-vifs étant une convention, demande le consentement du donataire; or, ces personnes n'ayant pas l'usage de la raison, ne sont pas capables de donner leur consentement.

Il ne faut pourtant pas en conclure que ces personnes sont incapables de recevoir des donations entre-vifs, mais seulement qu'elles ne peuvent les accepter par elles-mêmes; mais elles peuvent être acceptées par les personnes de leurs tuteurs ou curateurs, dont l'acceptation tient lieu de la leur; ainsi que nous le verrons en la section suivante, à l'article *de l'acceptation*.

26. A l'égard des femmes mariées, elles ne sont pas plus capables de recevoir des donations, sans l'acceptation et l'autorisation de leurs maris, que d'en faire, n'étant habiles à rien sans cela, en quoi elles diffèrent des mineurs; et la raison de différence est que le mineur n'a besoin de l'autorisation de son tuteur que pour son intérêt, au lieu que l'autorisation du mari n'est pas requise pour l'intérêt de la femme, mais pour une raison toute différente, parce que la dépendance où elle est de son mari, la rend inhabile à quelque acte que ce soit, si elle n'est autorisée[2].

---

[1] *V.* art. 463 et 935, C. civ., mêmes dispositions.

Art. 463 : « La donation faite au « mineur ne pourra être acceptée par « le tuteur qu'avec l'autorisation du « conseil de famille.—Elle aura, à l'é« gard du mineur, le même effet qu'à « l'égard du majeur. »

Art. 935 : « La donation faite à un « mineur non émancipé ou à un in« terdit, devra être acceptée par son « tuteur, conformément à l'art. 463, « au titre *de la Minorité, de la Tu*« *telle et de l'Emancipation*. — Le « mineur émancipé pourra accepter « avec l'assistance de son curateur.— « Néanmoins les père et mère du mi« neur émancipé ou non émancipé, « ou les autres ascendants, même du « vivant des père et mère, quoiqu'ils « ne soient ni tuteurs ni curateurs du « mineur, pourront accepter pour lui. »

[2] *V.* art. 217, 219 et 934, C. civ.

Art. 217 : « La femme, même non « commune ou séparée de biens, ne « peut donner, aliéner, hypothéquer, « acquérir, à titre gratuit ou onéreux, « sans le concours du mari dans l'acte, « ou son consentement par écrit. »

Art. 219 : « Si le mari refuse d'au« toriser sa femme à passer un acte, « la femme peut faire citer son mari « directement devant le tribunal de « première instance de l'arrondisse« ment du domicile commun, qui peut « donner ou refuser son autorisation, « après que le mari aura été entendu « ou dûment appelé en la chambre du « conseil. »

Art. 934 : « La femme mariée ne « pourra accepter une donation sans « le consentement de son mari, ou, en « cas de refus du mari, sans autorisa« tion de la justice, conformément à « ce qui est prescrit par les art. 217 et « 219, au titre *du Mariage*. »

§ III. *Des religieux.*

27. Les religieux étant par leurs vœux de pauvreté incapables de rien posséder, sont par conséquent incapables de recevoir par donation. Néanmoins, ceux qui sont hors du cloître, étant dans la nécessité d'avoir un pécule pour leur subsistance, peuvent recevoir des donations de choses mobilières, mais leurs vœux de pauvreté qui subsistent, les rendent incapables de posséder des immeubles, et par conséquent de recevoir des donations d'immeubles[1].

§ IV. *Des communautés.*

28. Les communautés et établissements, qui ne sont pas érigés par lettres patentes du roi enregistrées au parlement, dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'art. 1er de la déclaration de 1749, qui n'a fait en cela que confirmer les anciennes lois du royaume, et par conséquent sont incapables d'aucune donation, et les biens qui leur auraient été donnés peuvent être revendiqués par les enfants et héritiers présomptifs des donateurs, suivant les articles 9 et 10 de ladite déclaration; et même à défaut d'héritiers qui les revendiquent, par les seigneurs dont lesdits biens dépendent, qui en demeureront propriétaires incommutables, si les héritiers ne les réclament dans l'an du jour que les seigneurs en auront été mis en possession, art. 11.

Il y a néanmoins quelques établissements, tels que les écoles de charité, et autres mentionnés en l'article 3, qui n'ont pas besoin de lettres-patentes, et qui sont capables de recevoir des donations. Au reste, ces sortes d'établissements, ainsi que ceux qui sont confirmés par lettres-patentes, et généralement tous gens de main-morte, sont bien capables de recevoir des donations, mais seulement de choses qu'il leur est permis d'acquérir. Mais leur étant défendu d'acquérir aucun héritage et rentes constituées, il s'ensuit qu'ils sont incapables de recevoir des donations de pareilles choses; ils peuvent seulement acquérir des rentes sur le roi et sur les communautés.

Il y a certains couvents, tels que ceux des capucins et récollets, etc., qui sont incapables d'acquérir et de recevoir par donation, même ces sortes de choses, à cause d'une profession de pauvreté particulière; ils peuvent néanmoins recevoir des donations de choses mobilières, et de sommes d'argent modiques[2].

§ V. *Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs.*

29. Les maris sont incapables de recevoir, durant le mariage, aucune donation entre-vifs de leurs femmes, et les femmes de leurs maris. Les lois en rapportent plusieurs raisons, et notamment les lois 1 et 2, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.* dont voici les termes : « *Moribus apud nos receptum est, ne « inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne*

---

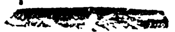
[1] Nos lois nouvelles ne reconnaissent pas de semblables vœux.

[2] *V.* art. 910 et 937, C. civ.

Art. 910 : « Les dispositions entre-« vifs ou par testament, au profit des « hospices, des pauvres d'une com-« mune, ou d'établissements d'utilité « publique, n'auront leur effet qu'au-« tant qu'elles seront autorisées par « une ordonnance royale. »

Art. 937 : « Les donations faites au « profit d'hospices, des pauvres d'une « commune, ou d'établissements d'u-« tilité publique, seront acceptées par « les administrateurs de ces communes « ou établissements, après y avoir été « dûment autorisés.

V. aussi L. 2 janvier 1817, Ordonn. 2 avril 1817 et Ordonn. du 14 janvier 1831.



« mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed « profusâ erga se facilitate. Nec esset eis studium, liberos potiùs educendi. « Sextus Cœcilius et illam causam adjiciebat: quia sæpè futurum esset, ut « disceterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset: atque eâ ratione « eventurum, ut venalicia essent matrimonia[1]. » *Add.*, L. 3, ff. *eod. tit.*

Il faut excepter de cette règle les donations mutuelles, dans le cas auquel les coutumes les permettent.

Avant le mariage un homme est capable, ainsi que toute autre personne, de recevoir par le contrat de mariage des donations entre-vifs de sa future femme, et la femme est capable d'en recevoir de son futur mari.

L'édit des secondes noces a néanmoins apporté quelques limitations à cette règle.

80. Non-seulement un mari est incapable de recevoir aucunes donations entre-vifs de sa femme, durant le mariage, et la femme de son mari; mais les enfants que l'un d'eux a d'un précédent mariage, sont pareillement incapables de recevoir, durant le mariage, aucunes donations de l'autre conjoint. Il y en a un arrêt de règlement de la grand'chambre, du 15 février 1729, rendu en la coutume de Senlis. La raison est, que les coutumes défendent aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement. Or, on peut dire que ma femme m'avantage en quelque façon indirectement, lorsqu'elle donne à mes enfants; car, comme nous ne travaillons et n'acquérons que dans la vue de transmettre nos biens à nos enfants, ce qu'on leur donne est censé donné à nous-mêmes. D'ailleurs, les raisons qu'a eues le roi de défendre les donations entre maris et femmes, se trouveraient éludées, s'il était permis de donner aux enfants de son mari, ou aux enfants de sa femme; car ne pouvant marquer mon amour pour ma femme, en lui donnant à elle-même, je le lui pourrais marquer en donnant à ses enfants; ce qu'elle ne pourrait demander pour elle-même, elle le demanderait pour ses enfants; et ainsi il arriverait également : *Ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emeretur maritalis concordia.* Ce que les lois ont voulu empêcher[2].

Au reste, les arrêts de règlement n'ont décidé la question que pour les coutumes qui n'ont pas à ce sujet de disposition; mais, dans la coutume de Paris, qui porte : « Ne peuvent les conjoints donner aux enfants de l'un l'autre « d'un premier mariage, au cas qu'ils ou l'un d'eux aient des enfants. »

---

[1] Les donations entre époux ne sont plus prohibées, elles sont seulement révocables (art. 1096, C. civ.).

Art. 1096. « Toutes donations faites « entre époux pendant le mariage, « quoique qualifiées entre-vifs, seront « toujours révocables.—La révocation « pourra être faite par la femme, sans « y être autorisée par le mari ni par « justice. — Ces donations ne seront « point révoquées par la survenance « d'enfants. »

[2] *V.* art. 1098, 1099 et 1100, C. civ.

Art. 1098 : « L'homme ou la femme « qui, ayant des enfants d'un autre lit, « contractera un second ou subséquent « mariage, ne pourra donner à son « nouvel époux qu'une part d'enfant « légitime le moins prenant, et sans « que, dans aucun cas, ces donations « puissent excéder le quart des biens. »

Art. 1099 : « Les époux ne pourront se donner indirectement au « delà de ce qui leur est permis par « les dispositions ci-dessus. — Toute « donation, ou déguisée, ou faite à « personnes interposées, sera nulle. »

Art. 1100 : « Seront réputées faites « à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants « ou à l'un des enfants de l'autre « époux issus d'un autre mariage, et « celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait « point survécu à son parent donataire. »

n'est défendu qu'au conjoint qui a des enfants de donner aux enfants d'un précédent mariage de l'autre. Celui qui n'en a point peut leur donner. C'est l'interprétation suivie par les commentateurs.

Laurière a tenté néanmoins d'en donner une autre, et il pense qu'il est défendu par cet article indistinctement de donner aux enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint.

La prohibition de donner aux enfants de l'autre conjoint, ne s'étend pas aux collatéraux, quoique héritiers présomptifs du donateur.

Il y en a un arrêt dans Soefve, qui a confirmé une donation faite par un mari au frère de sa femme.

Dans les coutumes d'égalité, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des donations au préjudice des parts de ceux qui sont appelés avec eux à la succession du donateur.

Nous renvoyons ceci au *Traité des Successions*, au chapitre du *Rapport*.

§ VI. *Des concubines et des bâtards.*

31. Les concubines sont incapables de recevoir des donations. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Tours, le Grand-Perche. Ce qui doit être pareillement observé ailleurs, et on l'a ainsi jugé [1].

La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs. Il est bien différent parmi nous de celui des Romains, qui était un vrai mariage, et qui ne différait du mariage civil, qu'en ce qu'il n'avait pas certains effets civils, mais qui d'ailleurs était un vrai mariage, sinon autorisé, au moins permis expressément par les lois : *Concubinatus à lege nomen assumpsit.* Mais nos lois n'admettant d'autres mariages que ceux faits avec les solennités requises pour ce contrat, il s'ensuit que le concubinage n'étant pas parmi nous un mariage, ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs; d'où il suit que tout ce qui sert à fomenter et entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires, doit être réputé comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent non valable.

Ajoutez que la raison qui a fait défendre les donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes; l'amour qui naît des unions illégitimes étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibition de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur; car, qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine? Les histoires en fournissent une infinité d'exemples, tel que celui de Dalila à l'égard de Samson; et celui des concubines du roi Salomon.

32. Les héritiers du donateur doivent être admis après sa mort à la preuve de ce concubinage avec le donataire; car en vain ces donations seraient-elles défendues, si la preuve du concubinage n'était pas admise. Il y a un arrêt dans Soefve qui les y admet. Le juge néanmoins doit à cet égard user de circonspection [2].

---

[1] Le Code ne contient aucune prohibition à cet égard.

[2] Il n'est pas nécessaire de remonter jusqu'à Dalila et aux concubines de Salomon, pour établir la vérité de ce que dit Pothier : les juges apprécieront les circonstances, les faits de suggestion, de captation, mais il ne faut pas oublier qu'il y a souvent plus de scandale dans le débat de semblables questions, que dans le maintien pur et simple des dispositions; et le poëte qui a dit :

> *Curando fieri quædam majora videmus*
> *Vulnera, quæ meliùs non tetigisse fuit.*

a donné une bonne règle de conduite aux législateurs et aux juges.

Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliments, et même lorsqu'on leur en a fait de considérables, l'usage est de ne les pas déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.

33. Les bâtards adultérins et incestueux étaient par le droit romain incapables de toutes donations et legs, et même d'aliments. Par notre droit, ils sont capables de donations et legs d'aliments, mais incapables de toute autre donation. A l'égard des autres bâtards, ils sont incapables seulement de donations universelles; mais ils sont capables de donations de choses particulières, quoique considérables. Ricard pense que l'incapacité des bâtards adultérins et incestueux doit être étendue aux enfants de ces bâtards, tant parce qu'ils sortent d'une source infecte que parce que ce serait indirectement donner à leurs pères que de leur donner. Cette dernière raison n'a d'application que lorsque leur père vit [1].

§ VII. *Des juges, officiers et ministres de justice.*

34. Suivant les lois romaines, il était défendu aux magistrats romains, qui gouvernaient les provinces, de recevoir aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent, et encore il fallait que la quantité ne fût pas au delà de ce qui peut se consommer en peu de temps. *Plebiscito continetur, ut ne quis præsidum munus, donum caperet : nisi esculentum, potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur.* L. 18, ff. *de Offic. præsid.*

Par l'ordonnance de Philippe le Long, de l'an 1320, il est défendu aux baillifs et sénéchaux, à leurs femmes, leurs parents, et leurs commensaux, de recevoir dans leurs provinces, pendant le temps de leur administration, aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent; en sorte que la valeur de ces sortes de choses, pour ce qu'ils en recevront, n'excède pas dans une semaine la valeur de dix sols parisis.

35. Cette incapacité n'a eu lieu que dans les temps où les officiers n'étaient envoyés que pour un temps dans les provinces. Depuis que les offices ont été rendus perpétuels, il aurait été trop dur qu'un officier eût été perpétuellement privé du droit qu'ont les citoyens de recevoir des donations. C'est pourquoi leur incapacité a été limitée à ne pouvoir recevoir des donations seulement des personnes qui ont des procès devant eux. C'est ce que porte l'ordonnance d'Orléans, art. 43, qui défend aux juges, avocats et procureurs du roi, de recevoir des parties plaidantes aucun présent, tel petit qu'il soit, même des

---

[1] *V.* art. 908, 757, 758 et 762, C. civ.
Art. 908 : « Les enfants naturels ne « pourront, par donation entre-vifs ou « par testament, rien recevoir au delà « de ce qui leur est accordé au titre « *des Successions.*
Art. 757 : « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou « mère décédés, est réglé ainsi qu'il « suit :—Si le père ou la mère a laissé « des descendants légitimes, ce droit « est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue « s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien « des ascendants ou des frères ou sœurs; « il est des trois quarts lorsque les « père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendants, ni frères ni « sœurs. »
Art. 758 : « L'enfant naturel a droit « à la totalité des biens, lorsque ses « père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible. »
Art. 762 : « Les dispositions des art. « 757 et 758 ne sont pas applicables « aux enfants adultérins ou incestueux.—La loi ne leur accorde que « des aliments. »

vivres, à l'exception seulement du gibier pris dans les terres des princes et seigneurs qui le donnent [1].

La même ordonnance, article suivant, défend aux mêmes personnes d'accepter gages, ou pensions des seigneurs et dames du royaume, ni de prendre bénéfices des évêques, abbés et autres collateurs, étant dans leur ressort, ni pour eux ni pour leurs enfants, parents et domestiques.

Les mêmes défenses sont faites par l'ordonnance de Moulins, art. 19 et 20. Celle d'Orléans ne parle que des juges royaux ; celle de Moulins fait ces défenses indéfiniment à tous les juges.

36. L'art. 114 de l'ordonnance de Blois, défend en général à tous officiers de recevoir de ceux qui auraient affaire à eux, aucuns dons et présents sous peine de concussion.

Duret, en ses remarques sur cet article, prétend qu'il déroge tacitement à l'exception faite par l'ordonnance d'Orléans, qui permettait aux juges de recevoir, des princes et seigneurs, du gibier pris dans leur forêts. Je ne pense pas néanmoins qu'on puisse regarder comme concussionnaire un juge qui aurait reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, et qui n'enrichit pas celui qui le reçoit; ce n'est pas, à proprement parler, un don, mais une politesse que ce prince ou ce seigneur fait; et le juge qui l'accepte doit être présumé l'accepter, non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne.

Il est défendu pareillement aux clercs des greffes, de recevoir des parties aucunes choses, quand elles leur seraient volontairement offertes, à peine de punition exemplaire à leur égard, et de privation d'office pour le greffier qui l'aurait souffert. Ordonnance d'Orléans, art. 77.

La même ordonnance, art. 79, fait de pareilles défenses aux substituts du procureur du roi.

Il est aussi défendu par la même ordonnance aux élus, receveurs, et autres officiers des tailles, de recevoir des sujets du roi aucun don, soit en argent, gibier, volaille, etc.

§ VIII. *Des tuteurs, administrateurs et autres, qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir.*

37. L'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes les donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs.

L'ordonnance de 1549 ajoute, *ou à toutes personnes par eux interposées.*

La coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, art. 276, « que les mineurs et autres sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester directement ni indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues,

---

[1] *V.* art. 378, § 7 et 8, C. proc., qui posent les mêmes règles.

Art. 378 : « Tout juge peut être récusé pour les causes ci-après : — « 7° Si le juge est tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, héritier présomptif, ou donataire, maître ou commensal de l'une des parties ; s'il est administrateur de quelque établissement, « société ou direction, partie dans la « cause; si l'une des parties est sa présomptive héritière.—8° Si le juge a « donné conseil, plaidé ou écrit sur le « différend; s'il en a précédemment « connu comme juge ou comme arbitre; s'il a sollicité, recommandé ou « fourni aux frais du procès; s'il a déposé comme témoin; si, depuis le « commencement du procès, il a bu « ou mangé avec l'une ou l'autre des « parties dans leur maison, ou reçu « d'elle des présents. »

ou autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendants qui auraient eu la tutelle de leurs enfants, pourvu qu'ils ne soient pas remariés [1].

38. Il suit de cet article de la coutume de Paris qui doit être regardé comme la véritable interprétation de l'ordonnance :

1° Que les administrateurs que l'ordonnance rend incapables de recevoir des donations et legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne ou les biens des donateurs, ce qui résulte des termes de cette coutume : *et autres personnes étant sous la puissance d'autrui.* Un maître peut donc donner à son intendant, quoiqu'il soit administrateur de ses biens ; car cet intendant n'a pas autorité sur son maître ; c'est plutôt son maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée, et que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2° Un conseil de tutelle, un subrogé tuteur, ou tuteur aux actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs, qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la coutume de Paris, interprète en ce point de l'ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur était de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourrait être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire, qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur ; car c'est principalement à cause du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur, qu'un tuteur est incapable de recevoir des donations entre-vifs, ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussitôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3° Quoique l'ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs et administrateurs, sans en excepter aucun, néanmoins la coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'ordonnance, quoiqu'en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendants qui ont la tutelle et administration de leurs enfants. La raison sur laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les coutumes qui n'en ont pas des dispositions, est que la piété paternelle exclut dans ces personnes tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfants, en extorquant d'eux des donations ou legs, le vœu naturel des pères étant plutôt de transmettre et faire passer leurs biens à leurs enfants, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfants.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un père a sur ses enfants

---

[1] *V.* art. 907, C. civ., qui consacre le principe sans exception.

Art. 907 : « Le mineur, quoique « parvenu à l'âge de seize ans, ne « pourra, même par testament, dispo- « ser au profit de son tuteur. — Le « mineur, devenu majeur, ne pourra « disposer, soit par donation entre- « vifs, soit par testament, au profit de « celui qui aura été son tuteur, si le « compte définitif de la tutelle n'a été « préalablement rendu et apuré. — « Sont exceptés, dans les deux cas ci- « dessus, les ascendants des mineurs, « qui sont ou qui ont été leurs tu- « teurs. »

le rendait incapable de recevoir des donations de ses enfants, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, et durant toujours, il s'ensuivrait qu'un père serait perpétuellement incapable de recevoir des donations de ses enfants.

Néanmoins comme les seconds mariages ont coutume de diminuer l'affection paternelle, la coutume n'excepte que les parents qui ne sont pas remariés [1].

Cette exception, en faveur des ascendants, ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seraient héritiers présomptifs de ceux dont ils auraient le gouvernement et l'administration.

4° La coutume donne encore une interprétation favorable à l'ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs et administrateurs dure même après la majorité, et la tutelle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parce que le tuteur, qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par là encore indirectement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux lois romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur et sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décide que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entièrement quitte du compte qu'il doit rendre de son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat?—On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de droit au ff. titre *de Conditionib. et demonst.*, qui décident que la condition de rendre compte, renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité ; car le mineur, étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, et demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès-lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur qui n'était fondée que sur cette raison. Autrement il faudrait dire que tous créanciers sont dans la dépendance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers ; ce qui est tout à fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat et de la remise des pièces, par argument de l'ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme [2].

5° Ce que la coutume « décide qu'on ne peut donner aux enfants des administrateurs,» est encore une interprétation de l'ordonnance ; car l'affection que les pères ont pour leurs enfants, fait que ce qui est donné aux enfants, est censé donné aux pères ; *Quod donatur filio videtur donatum patri ;* et il n'y aurait pas moins à craindre que l'administrateur, ne pouvant se faire donner à lui-même, extorquât des donations pour ses enfants, qu'il y aurait à craindre qu'il en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en était laissée, les pères ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfants, que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfants de l'administrateur ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur père, à qui ce qui leur serait donné paraîtrait indirectement donné ; il s'ensuit que, si leur père vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser ; *quasi remoto impedimento.*

Les donations faites aux enfants des tuteurs, ou administrateurs, étant ré-

---

[1] Le dernier alinéa de l'art. 907, ne reproduit point cette limitation.

[2] Le Code n'exige point le paiement du reliquat ; il suffit, pour faire cesser l'incapacité, que le compte définitif ait été rendu et apuré.

prouvées, lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même ; il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari, ou ascendants du tuteur ou administrateur, doivent par la même raison être réprouvées ; car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même [1].

6° C'est encore par une interprétation de l'ordonnance que la coutume a compris les *pédagogues* sous le terme général d'*autres administrateurs*, dont l'ordonnance s'était servie ; car les *pédagogues* ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des élèves et disciples, ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire qu'en ont les tuteurs et curateurs, et par conséquent ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs élèves et disciples.

On doit entendre par *pédagogue*, un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un régent de collége ; on y doit comprendre aussi les colléges où les jeunes gens sont pensionnaires, les communautés de filles, où l'on met les jeunes filles pour les instruire et les élever [2].

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des personnes majeures, qui sont volontairement pensionnaires dans une communauté. Les supérieurs ou supérieures d'une communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes qui ne sont pas dans leur dépendance, et qui ont la liberté de quitter la communauté, si elles le jugent à propos. Néanmoins la Cour ne laisse pas de réduire les donations faites par ces personnes à la communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paraissent trop considérables. Arrêt du 11 juillet 1713, rapporté au sixième tome du Journal (liv. 3, ch. 23).

Des maîtres ou maîtresses sont aussi, à l'égard de leurs apprentis, des espèces de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un arrêt (du 9 mars 1577, 1[re] part., ch. 3, sect. 9, n° 483) à l'égard d'un apprenti apothicaire [3]. Il en est autrement des professeurs publics, tels que sont ceux du collége royal de Paris, et ceux des facultés supérieures de théologie, de droit et de médecine, l'état de ces professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques à qui veut les entendre et ne leur donnant aucun gouvernement ni aucune inspection sur les personnes de leurs élèves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de *pédadogue*, ni être renfermés sous la prohibition de la coutume.

7° La jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'ordonnance et de la coutume, à plusieurs autres espèces de personnes, savoir :

1° Aux directeurs, confesseurs. L'empire que ces personnes acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents, et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension [4].

---

[1] *V.* art. 911, C. civ.

Art. 911 : « Toute disposition au « profit d'un incapable sera nulle, soit « qu'on la déguise sous la forme d'un « contrat onéreux, soit qu'on la fasse « sous le nom de personnes interpo- « sées. — Seront réputées personnes « interposées les père et mère, les « enfants et descendants, et l'époux « de la personne incapable. »

[2] Le Code n'a point reproduit cette cause d'incapacité : toutefois la libéralité, lors surtout qu'elle serait considérable, pourrait être attaquée pour cause de suggestion et de captation.

[3] Même observation que ci-dessus en ce qui concerne les précepteurs ou gouverneurs.

[4] *V.* art. 909, dernier alinéa, C. civ.

Art. 909 : « Les docteurs en méde- « cine ou en chirurgie, les officiers de « santé et les pharmaciens qui auront « traité une personne pendant la ma- « ladie dont elle meurt, ne pourront « profiter des dispositions entre-vifs « ou testamentaires qu'elle aurait faites « en leur faveur pendant le cours de « cette maladie. — Sont exceptées,

Lorsque le confesseur est un religieux ou membre de quelque communauté, le couvent ou la communauté dont il est membre, et celles du même ordre sont incapables de recevoir des donations des pénitents de ce confesseur ; car il y a également à craindre qu'il n'abuse de l'empire qu'il a sur l'esprit de son pénitent, pour extorquer quelque donation au profit de cette communauté, comme il y a lieu de craindre qu'un confesseur n'en extorque pour lui-même, les religieux étant ordinairement aussi portés pour les intérêts de leur communauté que les séculiers le sont pour leurs propres intérêts [1].

2° Un semblable motif a fait étendre la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, empyriques, opérateurs qui ont entrepris une cure. Toutes ces personnes sont incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs malades, lesquels, pour avoir la guérison, n'osent rien refuser à ces personnes, desquelles ils s'imaginent pouvoir l'obtenir. La jurisprudence est en cela conforme aux lois romaines [2]. L. 9, Cod. *de Prof. et med.*

3° Par un semblable motif, on a étendu la disposition de l'ordonnance aux procureurs, et on les a jugés incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs clients. Au reste, pour que ce motif reçoive application, je pense qu'il faut, pour qu'un procureur soit incapable de recevoir des dons et legs de son client, que l'affaire qu'il a entre les mains, soit une affaire embarrassée, et dans laquelle il s'agisse de toute la fortune, ou d'une partie considérable de la fortune du client ; ce qui met dans ce cas le client dans sa dépendance, qui, pour sortir d'une affaire importante, qui est entre les mains de son procureur, n'oserait rien lui refuser. Si l'affaire était de peu d'importance, et très simple par elle-même, alors le motif de l'ordonnance ne paraîtrait pas recevoir d'application.

39. A l'égard des avocats, il y en a qui pensent que la noblesse de leur profession doit écarter d'eux tout soupçon de vue intéressée, et par conséquent qu'ils ne doivent pas être incapables de recevoir des donations de leurs clients. Néanmoins Ricard pense que les avocats doivent être incapables de recevoir des donations de leurs clients aussi bien que les procureurs. Mais il ajoute que les uns et les autres ne sont pas incapables d'en recevoir par testament, parce que le temps de la maladie, auquel se font ordinairement les testaments, est un temps auquel l'empire que pourraient avoir l'avocat et le procureur cesse, pour céder la place à celui du médecin [3].

40. L'incapacité des confesseurs, médecins, et autres semblables personnes n'étant établie par aucune loi, comme l'est celle des tuteurs et administrateurs mais seulement sur la jurisprudence des arrêts, il s'ensuit que cette incapacité ne doit pas être si strictement interprétée [4].

« 1° les dispositions rémunératoires « faites à titre particulier, eu égard « aux facultés du disposant et aux ser« vices rendus ; — 2° Les dispositions « universelles, dans le cas de parenté « jusqu'au quatrième degré inclusive« ment, pourvu toutefois que le décé« dé n'ait pas d'héritiers en ligne di« recte ; à moins que celui au profit de « qui la disposition a été faite, ne soit « lui-même du nombre de ces héri« tiers. — Les mêmes règles seront « observées à l'égard du ministre du « culte. »

[1] Ce que dit ici Pothier au sujet de l'incapacité de la communauté dont le religieux confesseur fait partie, devrait par identité de motifs être appliqué aujourd'hui à la fabrique de la cure ou succursale, administrée par le ministre du culte qui se trouve dans le cas de l'art. 909. (*V.* la note précédente.)

[2] Art. 909, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 363, note 4.)

[3] Le Code ne contient aucune prohibition au sujet de l'avocat ou de l'avoué : les juges devront apprécier les circonstances dans lesquelles la libéralité est intervenue.

[4] La loi nouvelle s'est positivement exprimée. (Art. 909, C. civ. *V.* ci-dessus, p.363, note 4.)

C'est pourquoi, lorsque les donations et legs faits à ces sortes de personnes sont modiques, et n'excèdent pas les bornes d'une juste reconnaissance ils doivent subsister.

Lors même qu'ils sont plus considérables, s'il paraît des motifs probables qui aient pu porter le donateur à les faire, ils doivent subsister, comme si cette personne était le proche parent; par exemple, si ce confesseur, ce médecin, etc., était un petit-neveu du défunt, que le défunt ait appelé à sa succession. Ceci doit néanmoins dépendre des circonstances.

Au reste ces personnes sont incapables, ainsi que celles énoncées dans la loi, non-seulement des avantages indirects qui leur seraient faits à eux-mêmes; mais même de ceux qui, de leur vivant, seraient faits à leurs femmes, enfants, ou ascendants.

§ IX. *En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus.*

41. Les donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire et la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle du donataire.

De là il suit que le néant n'étant capable de rien, et étant avant toute chose nécessaire d'exister, pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune donation à celui qui, lors de la donation, ne serait pas encore conçu; car puisque lors de la donation il n'existait pas, il ne pouvait pas alors être capable de recevoir la donation [1].

42. La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention, a fait excepter de la règle les donations qui s'y font. C'est pourquoi, si on donne par contrat de mariage aux enfants qui naîtront de ce mariage, la donation sera valable lorsque ces enfants viendront à naître, quoique, lors du contrat, ces enfants qui n'existaient pas encore, ne pussent être pour lors capables de donations [2].

---

[1] *V.* art. 906, C. civ.

Art. 906 : « Pour être capable de « recevoir entre-vifs, il suffit d'être « conçu au moment de la donation.— « Pour être capable de recevoir par « testament, il suffit d'être conçu à « l'époque du décès du testateur. — « Néanmoins la donation ou le testa- « ment n'auront leur effet qu'autant « que l'enfant sera né viable. »

[2] Cela est vrai pour les donations de biens à venir (art. 1082, C. civ.), et pour celles de biens présents et à venir (art. 1084, C. civ.), mais non pas pour celles de biens présents (art. 1081, C. civ.)

Art. 1082 : « Les pères et mères, « les autres ascendants, les parents « collatéraux des époux, et même les « étrangers, pourront, par contrat de « mariage, disposer de tout ou partie « des biens qu'ils laisseront au jour de « leur décès, tant au profit desdits « époux, qu'au profit des enfants à « naître de leur mariage, dans le cas « où le donateur survivrait à l'époux « donataire.—Pareille donation, quoi- « que faite au profit seulement des « époux ou de l'un d'eux, sera tou- « jours, dans ledit cas de survie du « donateur, présumée faite au profit « des enfants et descendants à naître « du mariage. »

Art. 1084 : « La donation par con- « trat de mariage pourra être faite cu- « mulativement des biens présents et « à venir, en tout ou en partie, à la « charge qu'il sera annexé à l'acte un « état des dettes et charges du dona- « teur existantes au jour de la dona- « tion; auquel cas, il sera libre au do- « nataire, lors du décès du donateur, « de s'en tenir aux biens présents, en « renonçant au surplus des biens du « donateur. »

Art. 1081 : « Toute donation entre-

Il faut aussi observer, que, lorsqu'une donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le substitué existe lors de la donation, il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution [1].

43. La capacité est tellement nécessaire lors de la donation, et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendaient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que, depuis que l'empêchement a cessé, j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari, et aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et par conséquent dans un temps auquel la donataire avait cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans Soefve (du 24 mai 1560, t. 1er, centurie 3, ch. 39).

Que si la ratification était revêtue des formes nécessaires pour une donation elle vaudrait, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

Art. III. — Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

44. C'est un droit général, qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts. Les coutumes sont différentes à l'égard des propres. Celles de Paris et d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non-seulement tous les meubles et acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfants, si le donateur en a.

D'autres coutumes permettent seulement de disposer par donation entre-vifs d'une partie des héritages. Par exemple, la coutume de Blois ne permet de donner entre-vifs que la moitié des propres.

45. Dans cette variété de coutumes, c'est celle du lieu où les héritages propres sont situés qui doit décider; car les lois qui défendent l'aliénation des choses ayant pour objet les choses, sont des statuts réels, qui n'ont d'empire que sur les choses situées dans leur territoire.

Cette disposition des coutumes, qui défend de donner entre-vifs une certaine portion des propres, étant faite en faveur des héritiers présomptifs du donateur, qui sont de la ligne d'où ces propres procèdent, il s'ensuit que la donation, qui aurait été faite du total desdits propres, ou d'une partie plus grande que celle dont il est permis de disposer, n'est nulle pour l'excédant qu'en faveur desdits héritiers de la ligne, et que par conséquent il n'y a qu'eux qui puissent en demander le retranchement et en opposer la nullité. Nous parlerons ailleurs de ce retranchement [2].

« vifs de biens présents, quoique faite « par contrat de mariage aux époux, « ou à l'un d'eux, sera soumise aux « règles générales prescrites pour les « donations faites à ce titre.—Elle ne « pourra avoir lieu au profit des en- « fants à naître, si ce n'est dans les « cas énoncés au chapitre VI du pré- « sent titre (des dispositions permises « en faveur des petits-enfants du do- « nateur ou testateur, ou des enfants « de ses frères et sœurs. »

[1] Il en est encore ainsi dans les cas où les substitutions sont permises; et c'est là une des plus notables dérogations aux principes généraux du droit que présentent les substitutions.

[2] Nos lois ne reconnaissent plus la distinction des biens en *propres* et *acquêts* : le donateur peut donner entre-vifs tous ses biens meubles et immeubles, sans égard à leur origine, sauf la réduction au profit des héritiers à réserve, s'il en laisse au jour de son décès.

SECTION II.

Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes doivent-elles être faites?

46. Les formes que nos lois exigent pour la validité des donations entre-vifs d'immeubles, sont :
1° La solennité de l'acceptation ;
2° La tradition ;
3° L'irrévocabilité ;
4° L'insinuation.
5° Il est encore de la forme des donations qu'elles ne puissent être faites que par actes devant notaire [1].

ART. 1er. — De la solennité de l'acceptation.

47. Il faut distinguer entre l'*acceptation* et la *solennité de l'acceptation.*

L'*acceptation* qui n'est autre chose que le consentement donné par le donataire à la donation, n'est pas une simple forme requise par le droit civil pour la validité de la donation. Cette acceptation constitue l'essence même de la donation, qui, étant une convention entre le donateur et le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties. *Conventio (enim) est duorum in idem placitum consensus.*

La *solennité d'acceptation* est l'expression qui doit être faite par l'acte de donation, de l'acceptation du donataire. Cette expression est une pure solennité requise par nos lois, et qui ne le serait pas, si les donations eussent été laissées dans le pur droit naturel, suivant lequel l'acceptation, quoique non exprimée, quoique tacite et désignée de quelque manière que ce fût, aurait été valable.

48. Il suit de cette distinction, que, quoique dans toutes les autres conventions, l'acceptation soit suffisamment signifiée par la présence des parties à l'acte, ou par leur signature ; néanmoins dans les donations où cette acceptation doit être expresse, et est requise comme une formalité, la présence du donataire, la signature à l'acte de donation, ne seraient pas une acceptation suffisante [2]. C'est la disposition de l'art. 6 de l'ordonnance de 1731.

49. Il en est de même de toutes les autres circonstances dont on voudrait induire l'acceptation ; quand même le donataire serait, en conséquence de la donation, entré en possession de la chose donnée, cela ne suppléerait pas à la solennité de l'acceptation.

Il n'est pas nécessaire, au reste, que l'acte qui contient l'acceptation du donataire, soit le même acte par lequel le donateur a déclaré qu'il donnait.

---

[1] Le Code a conservé la solennité de l'acceptation, l'irrévocabilité et la nécessité de l'acte notarié ; quant à la transcription elle n'est nécessaire qu'à l'égard des tiers.

[2] *V.* art. 932, 1er alinéa, C. civ.

Art. 932 : « La donation entre-vifs « n'engagera le donateur, et ne pro- « duira aucun effet, que du jour qu'elle « aura été acceptée en termes exprès. « —L'acceptation pourra être faite du « vivant du donateur, par un acte pos- « térieur et authentique, dont il reste- « ra minute ; mais alors la donation « n'aura d'effet, à l'égard du donateur, « que du jour où l'acte qui constatera « cette acceptation lui aura été noti- « fié. »

Quoique ces deux actes n'en contiennent proprement qu'un, néanmoins ils peuvent être faits par chartes différentes, et à différents temps l'un de l'autre.

Il fallait pourtant, par l'ordonnance de 1539, art. 133, que l'acte contenant l'acceptation fût fait en la présence des donateurs et notaires; mais par la déclaration de 1549, l'acceptation peut être faite, même hors la présence du donateur; ce qui peut se faire, ou au pied de l'acte de donation, ou même par chartes tout à fait séparées. En ce cas, il faut, suivant ladite déclaration, que l'instrument de la donation soit inséré dans l'acte qui contient l'acceptation.

50. De ce que la donation et l'acceptation peuvent être faites par différentes chartes, et à différents temps, naît la question de savoir si une donation, ayant été faite ainsi, sera censée valable du jour de l'acte de donation, ou seulement du jour de l'acceptation. Il faut dire qu'elle ne sera valable que du jour de l'acceptation. L'ordonnance de 1539 le dit en termes exprès : « Celles qui seront faites en l'absence des donataires, les notaires « stipulants pour eux, commenceront leur effet du temps qu'elles seront « acceptées. »

La raison en est évidente. La donation ne reçoit sa perfection que par l'acceptation, elle ne peut être valable que de ce jour-là. La donation, avant qu'elle soit acceptée, n'est encore qu'un projet, et n'est pas encore donation, puisque, qui dit *donation entre-vifs*, dit *convention*, et qu'il ne peut y avoir de convention sans acceptation.

De là il suit que le donateur peut, avant l'acceptation, changer de volonté; car n'y ayant jusque-là proprement qu'un projet qui n'est pas effectué, et dont il n'est encore né aucun droit, ni formé, ni informe, au profit du donataire, qui ne peut résulter que de son acceptation, il s'ensuit qu'il peut changer de volonté, car on ne peut pas lui opposer que : *Nemo mutare potest consilium in alterius injuriam;* car il répondra que : *Mutando consilium nemini facit injuriam, cum ex ipsius proposito nemini fuerit jus acquisitum* [1].

51. L'ordonnance, art. 14, décide donc avec raison que les mineurs et autres privilégiés, ne peuvent être restituables, même sous prétexte de l'insolvabilité de leurs tuteurs, contre le défaut d'acceptation d'une donation qui leur aurait été faite par quelqu'un qui serait mort depuis, ou aurait changé de volonté; car ces personnes n'ayant pu acquérir aucun droit que par l'acceptation qui n'est pas intervenue, il n'y a aucun droit que la restitution puisse leur rendre : le donateur en changeant de volonté, n'ayant fait que retenir ce qui n'avait pas cessé d'être à lui, et user de la liberté naturelle qu'ont tous les hommes de changer de volonté, ne leur a fait aucun tort qui leur donne lieu de pouvoir se pourvoir contre lui par la restitution. Mais, en ce cas, le mineur peut prétendre contre son tuteur l'estimation de ce qu'il a manqué d'acquérir par la négligence qu'a eue son tuteur d'accepter la donation, avant que le donateur eût changé de volonté; car, quoique le mineur n'ait jamais eu aucun droit qui résultât de cette donation, et qu'il n'ait en conséquence rien perdu, il suffit qu'il ait manqué d'acquérir par la négligence de son tuteur, pour que son tuteur en soit tenu envers lui [2].

---

[1] Le 2e alinéa de l'art. 932 va encore plus loin (*V.* la note précédente).

Ainsi ce ne sera pas du jour de l'acceptation faite par acte séparé, que le donateur sera engagé, mais du jour où *cet acte lui aura été notifié;* donc jusqu'à cette notification, il peut changer de volonté et révoquer.

[2] *V.* art. 942, C. civ.

Art. 942 : « Les mineurs, les inter- « dits, les femmes mariées, ne seront « point restitués contre le défaut

Il suit de là que, si le tuteur avait lui-même fait la donation à son mineur, i ne pourrait opposer le défaut d'acceptation ; car, si la donation est nulle faute d'acceptation, il est, en sa qualité de tuteur, responsable de n'avoir pas fait créer un curateur à son mineur pour l'accepter.

52. De ce que la donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que, par l'acceptation de la donation, la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, et avec toutes les autres charges qu'il y aurait imposées [1].

53. Il n'est pas douteux que la donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auraient acquis quelque droit dans la chose donnée ; mais, lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet rétroactif au temps de la donation : par exemple, à l'effet que, si on m'a donné un héritage avant mon mariage, et que je n'aie accepté la donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté ?

On dira pour l'affirmative que l'acceptation que je fais, est une ratification de celle que le notaire stipulant pour moi avait déjà faite, en recevant l'acte qui contient la donation. Or, dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié.—Au contraire pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui aurait toutes ses formes et auquel il ne manquerait que le consentement de la personne qui le ratifie, peut avoir un effet rétroactif ; mais il n'en est pas de même lorsque cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte. On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie un effet rétroactif, en supposant que, dès le temps de l'acte, elle a voulu et consenti à tout ce qui a été fait en son nom ; mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain, dirait-on, que le donataire, en acceptant depuis, est censé, dès le temps de la donation, avoir voulu et avoir accepté ce que le notaire a stipulé pour lui ; car, on répondrait qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, et qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue [2].

C'est pour cela que l'ordonnance, art. 5, déclare de nul effet les acceptations de notaires stipulant pour les absents ; et défend aux notaires de faire ces stipulations dans les donations [3].

« d'acceptation ou de transcription des « donations ; sauf leur recours contre « leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et « sans que la restitution puisse avoir « lieu, dans le cas même où lesdits tu- « teurs et maris se trouveraient insol- « vables. »

[1] Il faut dire aujourd'hui que la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées non-seulement jusqu'à la notification de l'acceptation, mais encore jusqu'à la transcription au bureau des hypothèques.

[2] La solution de Pothier est juste et très clairement motivée : mais l'exemple qu'il prend serait aujourd'hui mal choisi, par la raison que l'immeuble donné à l'un des conjoints pendant le mariage, serait un propre de communauté tout aussi bien que si la donation avait été faite avant le mariage : l'art. 1405, C. civ., a changé à cet égard l'ancien droit.

Art. 1405 : « Les donations d'im- « meubles qui ne sont faites pendant le « mariage qu'à l'un des deux époux, « ne tombent point en commmunauté, « et appartiennent au donataire seul, « à moins que la donation ne contienne « expressément que la chose donnée « appartiendra à la communauté. »

[3] L'art. 933, C. civ., ne permet pas de se porter fort pour le donataire à

54. De ce que la donation ne commence à avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'ordonnance a bien décidé en ordonnant qu'elle devrait l'être du vivant du donateur; car, la donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le donateur est réputé avoir donné et consommé sa donation; d'où il suit qu'il faut qu'il soit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on est mort. La donation étant une convention, elle se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire. L'acceptation qui se fait du vivant du donateur forme ce concours, parce que le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, est présumé persévérer toujours dans la volonté de donner qu'il avait déclarée auparavant; mais l'acceptation qui se fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours, puisqu'un mort n'a plus de volonté [1].

55. Il suit de ces principes que l'acceptation ne peut se faire, non-seulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'usage de la raison, ou que, sans l'avoir perdu, il est devenu d'ailleurs incapable de donner; car on ne peut plus supposer, lors de l'acceptation, le concours des volontés du donateur et du donataire, nécessaire pour former la donation, si, dans ce temps, le donateur est incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, serait-il supposé persévérer dans la volonté de donner, si, dans ce temps, il était incapable de donner; par exemple, s'il était lors interdit; s'il était lors marié à la personne du donataire: car, comme c'est dans ce temps que se forme la donation, et qu'elle reçoit sa perfection, il est clair que c'est dans ce temps que la capacité de donner est requise [2].

56. C'est encore une suite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du donateur, elle ne peut se faire que du vivant du donataire, par lui-même, ou par son procureur, et que son héritier ne peut pas, après sa mort, accepter la donation, comme l'a mal à propos avancé Lalande. Cela suit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce soit la même personne à qui le donateur veut donner, qui veuille accepter la donation. Lorsque c'est l'héritier qui accepte la donation, ce n'est pas la personne à qui le donateur veut donner, puisque le donateur n'a pensé qu'au défunt, et non pas à son héritier; le concours nécessaire des deux volontés, pour former la donation, ne se trouve donc pas. En vain, dirait-on, que l'héritier représente le défunt, et est censé la même personne que lui; car

---

l'effet d'accepter valablement la donation.

Art. 933: « Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par « lui, ou, en son nom, par la personne « fondée de sa procuration, portant « pouvoir d'accepter la donation faite, « ou un pouvoir général d'accepter les « donations qui auraient été ou qui « pourraient être faites.—Cette procu- « ration devra être passée devant no- « taires; et une expédition devra en « être annexée à la minute de la dona- « tion, ou à la minute de l'acceptation « qui sera faite par acte séparé. »

[1] Le 2e alinéa de l'art. 932 (*V.* ci-dessus, p. 367, note 2), exigeant non-seulement l'acceptation *du vivant du donateur*, mais encore déclarant que la donation n'aura d'effet à son égard que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation, LUI aura été notifié, il faut en conclure que la notification de l'acceptation ne pourrait pas être valablement faite aux héritiers du donateur, quoique l'acceptation eût eu lieu du vivant du donateur.

[2] Le même art. 932 (*V.* ci-dessus p. 367, note 2), nous autorise à conclure qu'il est nécessaire que le donateur reste capable de donner, jusqu'à la notification de l'acceptation, puisque jusques à cette époque il n'est point lié, la donation n'a point d'effet à son égard; il est entièrement libre de disposer de la chose.

cela n'est vrai qu'autant que l'héritier a succédé aux droits du défunt; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avait aucun droit résultant de la donation, puisque ce n'est que par l'acceptation qu'il pouvait en acquérir; il n'a donc pu en transmettre aucun à son héritier à cet égard, et par conséquent son héritier ne peut pas à cet égard le représenter, ni accepter la donation.

57. Il suit encore de nos principes, que le donataire doit être capable de recevoir des donations lors de l'acceptation; car, puisque c'est proprement dans ce temps que la donation se forme, c'est aussi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité [1].

Doit-on toujours conclure de là que, si le donataire, dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, devenait le médecin ou le procureur du donateur, la donation ne serait pas valable?—Je pense que non; car, l'incapacité du médecin, des procureurs et des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue et prononcée par la loi mais une incapacité improprement dite, et qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes, que cette donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse, et qu'il paraît que le donateur s'était porté à la donation, avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvait lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur [2].

58. Nous avons à présent à voir par qui l'acceptation peut être faite. Elle peut se faire, ou par le donataire lui-même, ou par son procureur, soit spécial, soit général (Ordonnance de 1731, art. 5), par son tuteur, par son curateur, ou autre administrateur [3].

Une acceptation faite par toute autre personne qui n'aurait pas de mandat, et qui déclarerait se porter fort pour le donataire absent, ne serait pas valable, et la donation ne vaudrait que du jour de la ratification expresse qu'en ferait le donataire par un acte devant notaire, dont il doit rester minute. Ordonnance de 1731, art. 5.

L'acceptation contenant un consentement, il s'ensuit que les enfants et les fous, à qui une donation est faite, ne peuvent pas l'accepter par eux-mêmes, mais leurs tuteurs ou curateurs peuvent l'accepter pour eux [4]. Ordonnance de 1731, art. 7.

Il est même permis par ledit article, au père et à la mère du donataire mineur ou interdit, quand même ils n'auraient pas la qualité de tuteurs ou curateurs, et même aux autres ascendants, quoique du vivant du père et de la mère du donataire, d'accepter, pour le donataire mineur ou interdit, la donation qui lui est faite, ainsi que le pourrait faire un tuteur.

---

[1] Le Code ne paraît pas avoir changé cette doctrine en ce qui concerne le donataire : il suffit qu'il ait encore la capacité de recevoir au moment de l'acceptation : et nous pensons que la notification de cette acceptation pourrait être valablement faite *au donateur par les héritiers du donataire*, c'est même ce que semblent indiquer ces mots : *à l'égard du donateur*, de l'art. 932, C. civ. (*V.* p. 367, note 2.)

[2] Aujourd'hui que l'incapacité est formellement prononcée par la loi (art. 909, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 363, note 4), que ce n'est plus une simple présomption de l'homme, il nous paraît difficile d'admettre la solution de Pothier : la donation a reçu son complément, sa perfection pendant la maladie, elle a été réellement faite pendant la maladie.

[3] Art. 933, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 369, note 3.)

[4] Art. 463, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 355, note 1), et 935, C. civ., (*V.* ci-dessus, *ibid.*)

L'ordonnance, en permettant à ces personnes d'accepter les donations faites aux mineurs et interdits, n'exclut pas les mineurs et interdits qui ont l'usage de la raison, tels que sont les interdits pour cause de prodigalité, et les mineurs *pubères* ou voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les donations qui leur sont faites [1].

59. Il est évident aussi que les communautés, ne pouvant consentir par elles-mêmes l'acceptation des donations qui leur sont faites, cette acceptation doit être faite par les personnes préposées à la gestion des affaires de ces communautés, comme par exemple, par un syndic. Si la donation est faite à un hôpital, elle sera acceptée par les administrateurs; si elle est faite pour la fondation de quelque service divin dans une paroisse, ou pour la subsistance des pauvres, l'acceptation sera faite par les curés et les marguilliers de ladite paroisse [1]. Ordonnance de 1731, art 8.

60. Il nous reste à observer, touchant l'acceptation, qu'elle n'est nécessaire que pour les donations directes. Les donations fidéicommissaires, quoique faites par un acte de donation entre-vifs, n'ont pas besoin d'être acceptées par les personnes à qui elles sont faites, qui sont souvent, lors de l'acte, incertaines. C'est pourquoi, l'ordonnance de 1731, art 11, dit qu'elles vaudront, en vertu de l'acceptation du premier donataire à qui la donation directe a été faite, à la charge de leur restituer, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

61. Lorsqu'une donation est faite à quelqu'un *et à ses enfants à naître*, elle est censée faite directement à lui, et contenir un fidéicommis au profit de ses enfants, et par conséquent son acceptation suffit, et rend la donation valable, même à l'égard des enfants à naître.

Il en est de même, lorsqu'une donation est faite aux enfants *nés et à naître*, de quelqu'un. Les enfants nés sont les seuls donataires directs, et leur acceptation suffit. Ceux à naître sont censés appelés par forme de fidéicommis, à mesure qu'ils naîtront, à une portion virile des choses données [3].

Les institutions contractuelles n'ont point besoin non plus d'acceptation [4].

62. Les donations entre-vifs, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, ne sont pas sujettes à là solennité d'acceptation (Ordonnance de 1731, art. 10), parce que la faveur des contrats de mariage fait dispenser de toute formalité les dispositions qui y sont contenues.

Enfin, les donations de meubles corporels, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont sujettes à aucune formalité, puisqu'on peut même n'en passer aucun acte [5].

63. Les lois romaines reconnaissaient une espèce de libéralité qui obligeait en certains cas le donateur, sans aucune convention avec le donataire, et par conséquent sans acceptation. C'est ce que les lois appelaient *pollicitation,* qu'on définit *solius offerentis promissum.* Ces pollicitations, lorsqu'elles étaient

---

[1] Celui auquel il a été donné un conseil judiciaire, peut accepter une donation, art. 513, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 349, note 4.)

[2] Art. 937, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 356, note 2.)

[3] Excepté dans les cas de substitutions permises, et de donations par contrat de mariage, des enfants non conçus ne sont pas capables d'être donataires. Art. 906, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 365, note 1.)

[4] *V.* art. 1087, C. civ.

Art. 1087 : « Les donations faites « par contrat de mariage ne pourront « être attaquées, ni déclarées nulles, « sous prétexte de défaut d'acceptation. »

[5] Les donations de meubles, lorsqu'elles sont faites par *acte*, sont soumises à la solennité de l'acceptation : et la donation manuelle est fort distincte de la donation dont nous parlons.

de quelque chose qui contînt quelque utilité publique, ou qui contribuât à la décoration d'une ville, étaient obligatoires, ou lorsqu'elles avaient eu un commencement d'exécution, ou même, sans cela, lorsqu'elles avaient été faites en conséquence de quelque honneur ou magistrature déférés à celui qui avait fait la pollicitation. *V.* notre titre *de Pollicitationibus* dans nos Pandectes.

Ricard rapporte quelques arrêts, par lesquels il paraît que ces pollicitations avaient été admises dans notre jurisprudence; mais elles paraissent aujourd'hui rejetées par l'ordonnance de 1731, art. 5, qui dit, en termes formels, « que même les donations faites en faveur de l'Église, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées »; car, de ce que l'ordonnance a déclaré qu'elle n'exceptait pas de la nécessité de l'acceptation même la cause pie, on peut conclure que son esprit est de n'en excepter aucunes; et par conséquent de ne pas même en excepter celles qui auraient pour cause la décoration des villes, ou quelque utilité publique [1].

ART. II. — De la tradition et de l'irrévocabilité.

64. Il est de principe dans notre droit français sur la matière des donations entre-vifs, que *donner et retenir ne vaut.* Cette maxime est insérée dans plusieurs coutumes. Paris, art. 273; Orléans, art. 283.

Ces mêmes coutumes donnent en même temps l'explication de cette maxime: « C'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de dis- « poser librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession « jusqu'au jour de son décès. » Paris, art. 274; Orléans, 283.

Deux choses sont donc requises, suivant cette maxime, pour la validité des donations; la tradition de la chose donnée, et l'irrévocabilité parfaite. — La coutume établit la nécessité de la tradition, lorsqu'elle dit que c'est *donner et retenir, lorsque le donateur demeure en possession.*

La même coutume d'Orléans dit ailleurs, art. 276, que la donation est valable, pourvu que, dès le temps du don, les donateurs se dessaisissent.

65. La raison pour laquelle notre droit a requis, pour la validité des donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité, se fait assez apercevoir. L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans les familles, et passent aux héritiers; leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumières, le font assez connaître [2].

---

[1] Il faut admettre la même doctrine sous l'empire du Code.

[2] Notre Code a conservé l'irrévocabilité comme condition essentielle de la validité de la donation; les art. 894, 943, 944, 945 et 946, C. civ., ne laissent aucun doute à cet égard. Il ne faut plus en chercher la raison, comme autrefois, dans la différence de la quotité disponible par donations entre-vifs ou par testaments; l'idée de propres, de réserve sur certains biens au profit de certains héritiers, ne peut plus être invoquée; tout ce qu'on peut dire, c'est que les Français étant habitués à cette législation, les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir la changer: d'ailleurs, les conditions irritantes de la donation, les rendront plus difficiles, moins fréquentes, ce qui est dans le vœu général de la loi, et le donateur obligé de se dépouiller irrévocablement réfléchira plus sérieusement. Art. 894, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 347, note 2.)

Art. 943 : « La donation entre-vifs « ne pourra comprendre que les biens « présents du donateur; si elle com- « prend des biens à venir, elle sera « nulle à cet égard.

Art. 944 : « Toute donation entre- « vifs faite sous des conditions dont « l'exécution dépend de la seule vo-

Dans cette vue, comme on ne pouvait justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner.

66. D'ailleurs, la parfaite libéralité qui fait que le donateur préfère le donataire à lui-même pour la chose donnée, est (comme nous l'avons dit) le caractère des donations entre-vifs; or, c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des donations entre-vifs.

§ Ier. *De la tradition.*

67. Les coutumes sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solennelle sous différents noms.

D'autres demandent une *tradition réelle ;* et ne reconnaissent point pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la rétention d'usufruit. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle, soit qu'elle ait été seulement feinte.

On entend assez ce que c'est que *tradition réelle;* c'est lorsque je fais passer une chose mobilière de ma main en celle d'un autre dans la vue de lui en abandonner la possession, ou que, dans la même vue, je déloge d'une maison, ou d'un héritage, en faveur d'un autre qui y entre en ma place.

68. On appelle *tradition feinte* toutes les manières de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose, sans qu'il intervienne de tradition réelle.

Par exemple, lorsque, donnant un héritage à quelqu'un, je le retiens à titre de ferme ou de loyer, c'est une tradition feinte, parce que restant dans l'héritage, et sans qu'il intervienne par conséquent de tradition réelle, je ne laisse pas de faire passer à ce donataire la possession de l'héritage. En effet, comme nous possédons non-seulement les choses que nous tenons par nous-mêmes, mais même celles que nous tenons par nos fermiers et locataires, et qu'un héritage n'est pas proprement possédé par celui qui le tient à ferme ou à loyer, mais par celui de qui il est tenu à ce titre, il s'ensuit que le donateur, en se rendant, par une clause de la donation, le fermier, ou le locataire du donataire pour raison de l'héritage qu'il lui donne, sans sortir de l'héritage, il cesse de le posséder, et en transfère véritablement la possession au donataire.

69. Il en est de même de la clause de *rétention d'usufruit,* soit dans un contrat de vente, soit dans un contrat de donation ; car comme un usufruitier ne possède pas la chose dont il a l'usufruit, comme chose à lui appartenante,

---

« lonté du donateur, sera nulle.

Art. 945 : « Elle sera pareillement « nulle, si elle a été faite sous la con- « dition d'acquitter d'autres dettes ou « charges que celles qui existaient à « l'époque de la donation, ou qui se- « raient exprimées, soit dans l'acte de « donation, soit dans l'état qui devrait « y être annexé.

Art. 946 : « En cas que le donateur « se soit réservé la liberté de disposer « d'un effet compris dans la donation, « ou d'une somme fixe sur les biens « donnés ; s'il meurt sans en avoir dis- « posé, ledit effet ou ladite somme ap- « partiendra aux héritiers du donateur, « nonobstant toutes clauses et stipula- « tions à ce contraires. »

mais comme la chose d'autrui, il ne la possède pas en quelque façon, et c'est celui de qui il la tient à usufruit qui la possède par lui, d'où il suit que le vendeur ou donateur, en se rendant par cette clause l'usufruitier de la chose qu'il vend ou qu'il donne, il en transfère la possession à l'acquéreur, de qui il se reconnaît la tenir à titre d'usufruit.

70. Ces manières, et autres semblables, de transférer la possession, sont appelées *traditions feintes*, parce qu'elles ne contiennent effectivement aucune tradition réelle. On les suppose seulement intervenues, parce qu'elles produisent le même effet de transférer la possession, que si elles étaient effectivement intervenues.

71. Les coutumes de Paris et d'Orléans déclarent formellement qu'elles se contentent de ces traditions feintes pour la validité des donations, lorsqu'elles disent : « Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la propriété d'aucun « héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de « constitut ou précaire, et vaut telle donation [1]. » Orléans, 284; Paris, 275.

72. On appelle *clause de constitut*, la clause par laquelle le donateur déclare tenir l'héritage du donataire, et n'en demeurer en possession que pour lui et en son nom, soit comme fermier, soit comme locataire, ou de quelque autre manière que ce soit.

73. *La clause du précaire* est celle par laquelle le donateur ne retient l'héritage que précairement du donataire, c'est-à-dire, par grâce, de sa part, et à la charge de le lui remettre toutes fois et quantes il le demandera.

Quand même il ne serait pas dit expressément *que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée ;* mais seulement *que l'acquéreur n'entrera en jouissance que dans un certain temps ;* Ricard pense que c'est une rétention d'usufruit jusqu'à ce temps.

74. La coutume d'Orléans fait mention d'une autre espèce de tradition feinte. Elle dit, art. 278, « que la clause de dessaisine saisine devant notaire de Cour laye équipolle à la tradition de fait, sans qu'il soit requis autre appréhension. »

Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut : — 1° Que celui qui se dessaisit par cette clause soit véritablement en possession de l'héritage qu'il aliène ; car on ne peut se dessaisir que de ce qu'on possède ;—2° Il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause ; car, si, nonobstant cette clause, le donataire souffrait que le donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause serait de nul effet, et la donation serait nulle par la raison que, *donner et retenir ne vaut.*

Cette espèce de tradition feinte, qui résulte de la simple clause de dessai sine saisine, est particulière de notre coutume d'Orléans. C'est pourquoi, pour qu'elle ait lieu, il faut non-seulement qu'il s'agisse d'héritages situés en la coutume d'Orléans, mais il faut encore, selon Dumoulin, que l'acte y ait été passé, *dummodò sit facta Aureliæ* (dit-il, en sa note sur l'art. 218 de l'ancienne coutume dont celui-ci est tiré.) *Secùs si de terris sitis Parisiis.*

75. Il faut donc aussi, dans les autres coutumes, à défaut de tradition réelle, quelque clause de rétention d'usufruit, de constitut, de précaire, et la seule clause de dessaisine saisine ne suffit pas.

Il faut observer que, suivant Dumoulin, la tradition, soit réelle, soit feinte, n'est nécessaire que dans les donations pures et simples, et non dans les dona-

---

[1] *V.* art. 938, C. civ., qui admet le même principe.

art. 938 : « La donation dûment « acceptée sera parfaite par le seul « consentement des parties ; et la pro- « priété des objets donnés sera trans- « férée au donataire, sans qu'il soit be- « soin d'autre tradition. »

tions qui sont suspendues par une condition, ni même dans celles dont, par la loi opposée au contrat, l'exécution est transférée à un certain temps.

Il pense que ces sortes de donations sont valables, et que le donateur n'est pas censé donner et retenir, quoiqu'il retienne la chose donnée jusqu'au temps marqué pour l'exécution ; car, selon lui, ce n'est *donner et retenir*, que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation, et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même apposée à la donation. Voici ces termes : En expliquant que donner et retenir ne vaut, il dit : *Hæc consuetudo intelligitur quandò fit contrarium donationis, ut quia proprietas datur de præsenti...... Secùs si datur post obitum quia interim non potest peti, nec potest tradi, et sic non retinetur datum.* Ce sentiment de Dumoulin ne nous paraît pas pouvoir être suivi en notre coutume, qui porte expressément qu'il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse.

76. Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles ni de possession ni de tradition proprement dite, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition, et ce qui équipolle à tradition à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit, et équipolle à tradition, suivant l'art. 108 de la coutume de Paris, qui est suivi partout ; il s'ensuit que, pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation [1].

Il faut avoir recours à la même espèce de tradition, lorsque quelqu'un donne un héritage dont il n'a pas la possession ; comme en ce cas il ne peut y avoir lieu, ni à la tradition réelle, ni aux traditions feintes (dont il a été parlé ci-dessus), dont l'effet est de transférer la possession de l'héritage, puisque le donateur, qui ne l'a pas lui-même, ne peut pas le transférer, la signification faite au possesseur de l'héritage par le donataire, de la donation qui lui en est faite avec assignation pour le délaisser, tient lieu de la tradition du droit que le donateur avait de le revendiquer, et rend valable la donation qu'il en a faite.

77. Si la donation est d'une somme ou d'une rente, dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire, une telle donation n'est susceptible d'aucune tradition, et l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la donation, suffit pour rendre sa donation valable.

Il nous reste à observer sur la nécessité de la tradition que, suivant Ricard, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur lui-même, qui peut toujours être contraint à faire la délivrance, et que ce défaut peut être opposé seulement par des héritiers et par des tiers. Cela souffre difficulté en notre coutume, qui dit en termes très généraux, que, pour que la donation soit valable, il faut que dès le temps du don, le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande, sur l'art. 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte, le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur, à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que par notre coutume, conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire.

78. Il y a néanmoins des jurisconsultes qui pensent que, même dans la coutume d'Orléans, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur,

---

[1] *V.* art. 1690, C. civ.

Art. 1690 : « Le cessionnaire n'est « saisi à l'égard des tiers que par la « signification du transport faite au « débiteur. — Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par « l'acceptation du transport faite par le « débiteur dans un acte authentique. »

et que le donataire a action contre lui pour se faire livrer la chose qu'il lui a donnée; que ces termes : « Pourvu que dès le temps du don le donateur se dessaisisse, » ne concernent que l'irrévocabilité essentielle aux donations, et qu'ils signifient seulement que, dès le temps du don, le donateur ne doit plus être le maître de se repentir de sa donation ; qu'au surplus il est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose, et que, de même qu'on dit en droit que, *is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur;* de même on peut dire que celui qui a donné une action contre lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose, s'en est déjà comme dessaisi.

§ II. *De l'irrévocabilité des donations entre-vifs.*

79. C'est le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs d'être irrévocable; car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort, d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité, est un vice qui annulle la donation entre-vifs, parce qu'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais, relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation. Au reste il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, et elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques-unes de ces conditions.

C'est en conséquence de l'irrévocabilité que nous disons être de l'essence des donations entre-vifs, que les coutumes, en expliquant la maxime *donner et retenir ne vaut*, disent que c'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée ; car cette faculté qu'*il se réserve d'en disposer*, empêche que la donation ne soit irrévocable, et par conséquent détruit sa nature et la rend nulle [1].

§ III. *Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.*

80. Il suit de là,—1° qu'on ne peut donner ses biens à venir ; car cette donation pèche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore, et par le défaut d'irrévocabilité; car étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation [2].

De là il suit,—2° qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présents, ni quelque chose particulière ; car cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître en faisant manquer la condition d'en anéantir l'effet [3].

De là il suit,—3° qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite. Cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité: car le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, et de détruire entièrement l'effet de sa donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera [4]. Ordonnance de 1731, art. 16.

De là il suit,—4° que, si la donation était faite à la charge de payer les dettes

---

[1] Il faut que le donataire ait un droit désormais indépendant de la volonté du donateur.

[2] *V.* Art. 943, C. civ., p. 373, note 2.

[3] Art. 944, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 373, note 2.)

[4] Art. 945, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 373, note 2.)

que le donateur contractera jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la donation ne sera pas à la vérité entièrement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'aurait pas usé de cette liberté et n'aurait contracté aucune dette; car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, et par conséquent qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence. Ordonnance de 1731, art. 16.

Par la même raison, si quelqu'un avait donné tous ses biens présents à quelqu'un, « en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme, » quand bien même il serait dit expressément par l'acte « que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeurerait comprise en la donation, » néanmoins la donation serait nulle jusqu'à concurrence de cette somme, parce qu'elle n'était pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme [1].

De là il suit, — 5° que l'ordonnance de 1731, art. 15, a fort bien décidé que la donation des biens présents et à venir, n'était pas valable, quand même le donataire aurait été mis en possession des biens présents; parce que cette donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle pèche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens, même présents, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présents.

81. La jurisprudence, avant l'ordonnance, était contraire à cette décision, et on jugeait que la donation n'était nulle que pour les biens à venir, et que le donataire n'était pas chargé des dettes contractées depuis la donation : ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avait pas, et non des biens présents. Arrêts des 24 mai 1718, et 24 janvier 1719, au septième tome du *Journal des audiences* (liv. 1, ch. 61, et liv. 1, ch. 4).

Mais le sentiment qu'a embrassé l'ordonnance et qui est aussi celui de Ricard, paraît bien plus conforme aux principes; car le donateur qui avait donné ses biens présents et à venir, n'avait pas entendu faire deux donations, l'une de ses biens présents, à la charge de ses dettes présentes, et l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracterait; mais il n'avait entendu faire qu'une seule et même donation, et par conséquent la charge de payer les dettes qu'il contracterait, qui était inhérente à cette donation, était dans l'intention du donateur une charge de tout ce qu'il donnait, des biens présents comme des biens à venir [2].

82. La jurisprudence qui, avant l'ordonnance, était contraire à cette décision, n'a été abrogée que pour l'avenir. C'est pourquoi on doit, même encore aujourd'hui, décider, à l'égard des donations des biens présents et à venir faites avant la publication de l'ordonnance de 1731, qu'elles sont valables pour les biens que le donateur avait lors de la donation.

Lorsque quelqu'un fait donation entre-vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette donation, « que le donateur n'en paiera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, » n'est pas contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations pour être valables; car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a donnée. Elle lui donne seulement une excep-

---

[1] Art. 946, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 373, note 2.)

[2] Nonobstant ces raisons, le Code n'a point admis le principe de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, car l'art. 943, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 373, note 2), ne déclare la donation nulle qu'à l'égard des biens à venir.

tion que tout donateur avait par les lois romaines : *Ne ultrà quàm facere potest exigatur.*

§ IV. *Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage.*

83. Les donations faites par contrat de mariage aux conjoints, ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque personne que ce soit, ne sont pas sujettes aux règles établies dans les paragraphes précédents et ne peuvent être attaquées de nullité, faute de tradition ou d'irrévocabilité.

84. C'est pourquoi, 1° l'ordonnance de 1731, art. 17, décide que ces donations peuvent comprendre les biens à venir, et que, lorsque la donation par contrat de mariage a été faite des biens présents et à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur en se chargeant de toutes les dettes, même postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens existants lors de la donation, en se chargeant seulement des dettes et charges qui existaient audit temps,

2° Elle décide que ces donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur.

3° Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera.

4° Que le donateur peut, dans ces donations, se réserver la faculté de disposer de certaines choses, ou de certaines sommes et que, lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la donation [1]. Ordonnance de 1731, art. 18.

ART. III. — De l'insinuation des donations.

85. On appelle *insinuation* la description qui est faite de l'acte de donation dans un registre public.

Par le droit romain, suivant les constitutions de Constantin et de Valenti-

---

[1] *V.* art. 947, 1082, 1084, 1086, C. civ.

Art. 947 : « Les quatre articles précédents (défense de comprendre des « biens futurs dans la donation, 943 ; « de faire la donation sous une condi- « tion potestative, 944 ; d'acquitter « des charges et dettes non exprimées, « ou des charges et dettes futures, 945 ; « d'attribuer au donataire les objets « dont le donateur se sera réservé la « disposition, 946) ne s'appliquent « point aux donations dont est mention « aux chapitres VIII et IX du présent « titre (aux donations faites par con- « trat de mariage aux époux et aux « enfants à naître du mariage, et aux « dispositions entre époux, soit par « contrat de mariage, soit pendant le « mariage). »

Art. 1082 (*V.* ci-dessus, p. 365, note 2).

Art. 1084, *ibid.*

Art. 1086 : « La donation par con- « trat de mariage en faveur des époux « et des enfants à naître de leur ma- « riage, pourra encore être faite, à « condition de payer indistinctement « toutes les dettes et charges de la suc- « cession du donateur, ou sous d'autres « conditions dont l'exécution dépen- « drait de sa volonté, par quelque « personne que la donation soit faite : « le donataire sera tenu d'accomplir « ces conditions, s'il n'aime mieux « renoncer à la donation ; et en cas « que le donateur, par contrat de ma- « riage, se soit réservé la liberté de « disposer d'un effet compris dans la « donation de ses biens présents, ou « d'une somme fixe à prendre sur ces « mêmes biens, l'effet ou la somme, « s'il meurt sans en avoir disposé, se- « ront censés compris dans la donation, « et appartiendront au donataire ou à « ses héritiers. »

nien, les donations, pour être valables, devaient être insinuées lorsqu'elles excédaient une certaine somme. *Voyez* notre titre *des Donations* dans nos *Pandectes*.

Dans notre droit français, la première loi qui les y a assujetties, est l'ordonnance de 1539. Elle a été confirmée en ce point par l'ordonnance de Moulins, et enfin de nos jours par l'ordonnance de 1731.

Le motif de ces lois est, afin que ceux qui contracteraient par la suite avec le donateur, et ceux qui accepteraient sa succession, qu'ils croiraient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seraient des donations [1]

§ I. *Quelles donations sont sujettes à l'insinuation?*

86. Toutes les donations entre-vifs, quelles qu'elles soient, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1539 s'étant exprimée en termes généraux, on fit la question de savoir si les *donations rémunératoires* étaient comprises dans la disposition de la loi. La raison de douter était que ces donations, que le devoir d'une juste reconnaissance engage le donateur à faire, ne sont pas proprement des donations; car, suivant Julien, une donation n'est proprement une donation, que lorsque quelqu'un donne sans avoir aucun sujet de donner que celui d'exercer sa libéralité. *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti : et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hæc propriè donatio appellatur.* L. 1, ff. *de Donationibus*.

Cette question fut décidée par la déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de 1539, qui porte que « toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ains rémunératoires, ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation. »

87. L'ordonnance de 1731, art. 20, porte aussi, que « même les donations rémunératoires doivent être insinuées. »

Il y avait peu lieu de douter que les donations rémunératoires, qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dussent être sujettes à l'insinuation; autrement il aurait été au pouvoir du notaire et des contractants, d'éluder quand ils voudraient la disposition de l'ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause, qui, par la suite, serait devenue de style, et aurait rendu la loi sans effet.

88. Il y aurait plus de difficulté à l'égard des donations qui seraient faites pour récompense de services certains, et désignés par l'acte de donation. Néanmoins celles-ci sont aussi sujettes à l'insinuation, si les services, en récompense desquels la donation a été faite, quoique constants, sont des services qui ne sont pas appréciables à prix d'argent, et pour lesquels le donataire n'aurait aucune action contre le donateur pour en être récompensé; car, quoiqu'une donation faite pour récompense de tels services, ne soit pas si parfaite que la donation simple, néanmoins c'est toujours vraiment une donation, puisque le donateur donne, sans qu'il soit besoin de donner. C'est ici, *liberalitas nullo jure cogente facta.*

Que si les services, en récompense desquels la donation a été faite, étaient et constants et appréciables à prix d'argent, mais que le prix desdits services fût inférieur en valeur à la chose donnée, ce serait encore une donation, qui,

---

[1] Ces deux motifs qui sont d'une évidence palpable, peuvent encore être invoqués aujourd'hui à l'égard de la transcription.

faute d'insinuation, serait nulle, sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire payer du juste prix des services par lui rendus.

Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose donnée ; en ce cas cette donation rémunératoire n'en a que le nom, et quoique le notaire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une donation rémunératoire, mais une dation en paiement, une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur pour le prix de ses services, et par conséquent un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation.

89. On a fait la même question à l'égard des *donations onéreuses*, qu'à l'égard des donations rémunératoires ; c'était la même raison de douter. On disait que ces donations onéreuses ne sont pas proprement et parfaitement des donations, étant du caractère de la donation parfaite de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité. Néanmoins l'ordonnance de Moulins assujettit en termes formels à l'insinuation les *donations onéreuses*.

Cela doit s'entendre des donations dont les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services et fondations, que l'ordonnance de 1731, art. 20, déclare par cette raison être de vraies donations sujettes à l'insinuation.

Quand même les charges seraient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore en ce cas une donation qui pourra être annulée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire payer, s'il a accompli ces charges.

Que si les charges que le donateur a stipulées à son profit, sont charges appréciables, et dont le prix égale à peu près l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et par conséquent il n'est pas besoin d'insinuation. Cela a été jugé par arrêt du 3 avril 1716, au sixième tome du *Journal des audiences* (liv. 6, ch. 22), dans l'espèce d'une donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excédant pas le prix de cette charge.

90. On a douté si les *donations mutuelles* avaient besoin d'insinuation. La raison de douter était que ces donations n'en avaient que le nom, et étaient plutôt des contrats intéressés.

L'ordonnance de Moulins a décidé qu'elles y étaient sujettes. Malgré le texte formel de cette ordonnance, Ricard a soutenu que les donations mutuelles, lorsqu'il y avait parfaite égalité, et dans ce qui était donné de part et d'autre, et par rapport aux personnes des donateurs, qui étaient l'une et l'autre en santé, n'étaient pas sujettes à insinuation ; ces donations n'ayant de la donation que le nom, puisque dans ce contrat, chacun reçoit autant qu'il donne. Ce sentiment de Ricard est manifestement contraire au texte de l'ordonnance de Moulins. En vain Ricard dit que l'ordonnance de Moulins n'a entendu parler que des donations mutuelles inégales ; c'est donner un sens ridicule à cette ordonnance, que de dire, qu'en assujettissant les donations mutuelles à l'insinuation, elle n'y assujettit que celles qui ne sont pas parfaitement mutuelles, mais qui ne le sont que *aliquatenùs*. Aussi le sentiment de Ricard n'a pas été suivi, et il est aussi réprouvé par l'ordonnance de 1731, qui dit que « les donations mutuelles sont sujettes à l'insinuation, quand même elles seraient parfaitement égales. » La raison en est que, quoique les donations mutuelles ne soient pas proprement des donations, et ne contiennent pas une vraie libéralité, néanmoins il suffit que le donateur se soit dépouillé de ses biens, sans avoir reçu à la place qu'une espérance qui n'a pas eu d'effet, pour que le motif de l'ordonnance, qui a assujetti les donations à l'insinuation, s'y rencontre ; car ce motif tendant à la fin de ne pas induire en erreur les héritiers qui accepteraient la succession, et les tiers qui contracteraient avec lui, dans l'ignorance où ils seraient les uns et les autres qu'il s'est dépouillé de ses biens par des donations : peu importe, pour remplir cette vue, qu'il s'en

soit dépouillé par une parfaite libéralité, ou par un don mutuel, pourvu qu'il s'en soit dépouillé [1]. (*V.* Ricard, *Donations*, 1re part., ch. 4, sect. 3, gl. 1, nos 1090 et suivants.)

91. On a demandé si les *donations par contrat de mariage* sont sujettes à l'insinuation? Quoiqu'elles soient dispensées des autres formalités des donations, elles ne sont pas dispensées de l'insinuation. Néanmoins il faut à cet égard distinguer celles qui sont faites à l'un des conjoints par quelqu'un des ascendants, et celles qui leur sont faites par d'autres personnes, et celles que les conjoints se font entre eux.

L'ordonnance de 1731, art. 19, excepte les premières de la nécessité de l'insinuation. Ricard (*ibid.*, n° 1104) avait été aussi de cet avis. La raison en est que l'obligation de doter les enfants, étant de la part des ascendants une obligation naturelle, ces donations ne sont pas tant des donations que l'acquittement d'une dette naturelle. D'ailleurs les mariages étant publics, et les ascendants qui marient leurs enfants, étant présumés les doter, lorsqu'ils les marient, ces donations ne peuvent être ignorées, et par conséquent n'ont pas besoin de l'insinuation pour être rendues publiques.

Ricard avait limité son sentiment aux donations qui seraient faites, *intrà legitimum modum;* mais cette limitation trop scrupuleuse n'a pas été suivie par l'ordonnance.

92. Les donations, quoique faites par des ascendants, ailleurs que par contrat de mariage, sont sujettes à l'insinuation, l'ordonnance n'ayant excepté que celles faites par contrat de mariage [2].

On pourrait peut-être néanmoins étendre la disposition de l'ordonnance, aux donations faites par un ascendant pour le titre clérical du donataire, lorsqu'elles n'excèdent pas la somme réglée pour le titre clérical, y ayant une très grande parité de raison.

Il en est de même de la donation faite par un ascendant pour la profession religieuse du donataire, dans un couvent où il est permis de recevoir des dots, lorsque la donation n'excède pas ce qu'il est permis de donner pour ces dots.

Par la même raison, les donations de la seconde espèce faites par contrat de mariage, c'est-à-dire celles faites aux conjoints par autres personnes que par les ascendants, sont sujettes à l'insinuation, puisque l'ordonnance n'a excepté que celles faites par les ascendants, et que d'ailleurs la même raison ne s'y rencontre pas, n'y ayant aucune obligation naturelle de doter de la part des collatéraux et étrangers.

93. Enfin, les donations par contrat de mariage de la troisième espèce, c'est-à-dire, celles faites par les conjoints entre eux, sont sujettes à l'insinuation.

Mais on n'y doit pas comprendre les conventions ordinaires des contrats de mariage, quoiqu'elles contiennent un titre lucratif. Tel est l'*augment* dans le pays de droit écrit; et dans le pays coutumier, le *douaire*, le *préciput* d'une certaine somme, soit en argent, soit en effets mobiliers [3]. Ordonnance de 1731, art. 21.

La convention « que les biens de communauté demeureraient en entier au survivant, à la charge de payer une somme modique aux héritiers du prédécédé, » doit passer pour une simple convention, et une loi de contrat de com-

---

[1] D'ailleurs, il n'est pas exact de confondre les donations mutuelles avec le contrat d'échange : ce sont deux opérations parfaitement distinctes.

[2] Art. 1081, C. civ., p. 365, note 2.

[3] *V.* art. 1516, C. civ.

Art. 1516 : « Le préciput n'est point « regardé comme un avantage sujet « aux formalités des donations, mais « comme une convention de mariage. »

munauté, plutôt que pour une donation ; et elle n'est pas en conséquence sujette à l'insinuation [1].

94. On a jugé aussi que la convention *que le conjoint jouirait en usufruit des biens du prédécédé*, était une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, et par conséquent non sujette à l'insinuation. Arrêt du 8 août 1719 (*Journal des Audiences*, t. 7, liv. 2, ch. 58).

95. Il faut observer que, quoique les donations faites par le mari à la femme par le contrat de mariage, soient sujettes à l'insinuation, néanmoins les héritiers du mari ne peuvent lui en opposer le défaut; ordonnance de 1731, art. 30. La raison en est que le mari, comme administrateur des biens de sa femme, ayant été obligé à la faire faire, il est responsable envers sa femme de ce défaut; d'où il suit que les héritiers du mari ne sont pas recevables à opposer un défaut, dont, en leur qualité d'héritiers, ils se trouvent responsables.

Néanmoins, si dans le pays de droit écrit, la donation eût été faite à la femme pour lui tenir lieu de biens paraphernaux, comme le mari n'a pas l'administration de ces sortes de biens que la femme a droit d'administrer elle-même sans son mari, il ne peut être à cet égard responsable du défaut d'insinuation, et par conséquent le défaut ne peut être opposé par les héritiers du mari. Ordonnance de 1731, art. 30.

96. Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les choses qui en soient l'objet. Néanmoins les donations des choses mobilières en sont dispensées en deux cas.

Le premier est, lorsqu'il y a tradition réelle. La raison en est que les meubles n'ont pas de suite, et que leur fréquent commerce, et leur nature à passer successivement dans beaucoup de mains, oblige à dispenser de toutes formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses, lorsqu'elles sont suivies de tradition réelle.

Le second cas auquel les donations de meubles sont dispensées de l'insinuation, c'est lorsqu'il n'y a pas à la vérité de tradition réelle, mais que leur valeur n'excède pas la somme de mille livres. La modicité en ce cas les a fait dispenser de la nécessité de l'insinuation [2].

97. On a demandé si la donation des biens à venir, faite par contrat de mariage, par d'autres que par les ascendants, était sujette à l'insinuation?—Il semble qu'elle ne devrait pas l'être; car les motifs qui ont fait établir l'insinuation ne se rencontrent pas à l'égard de ces donations, puisque ces donations n'étant pas des choses qui ne restent au donataire que lors du décès du donateur, à la charge de toutes les dettes que devra lors ce donateur, il n'y a aucun lieu de craindre qu'elles puissent induire en erreur préjudiciable, ni ceux qui contracteront par la suite avec le donateur, ni ses héritiers. Néanmoins la jurisprudence a assujetti ces sortes de donations, et même les institutions contractuelles, à l'insinuation. Lemaître en apporte une raison assez mauvaise, qui est de dire qu'il est toujours nécessaire que ces donations soient publiques, si ce n'est pour ceux qui contracteront avec le donateur, au moins pour ceux

---

[1] *V.* art. 1525, C. civ.

Art. 1525 : « Il est permis aux epoux « de stipuler que la totalité de la com« munauté appartiendra au survivant « ou à l'un d'eux seulement, sauf aux « héritiers de l'autre à faire la reprise « des apports et capitaux tombés dans « la communauté, du chef de leur au« teur.—Cette stipulation n'est point « réputée un avantage sujet aux règles « relatives aux donations, soit quant « au fond, soit quant à la forme, mais « seulement une convention de ma« riage et entre associés. »

[2] Le Code n'a point parlé de l'insinuation, et il n'exige la transcription que pour les biens susceptibles d'hypothèque, ce qui ne s'applique pas aux meubles. Les donations de meubles ne doivent être ni insinuées ni transcrites.

qui contracteront avec ses héritiers présomptifs, comptant sur l'espérance de la succession, qu'ils ignoraient leur être ôtée par les donations. Il valait mieux ne pas dire de raison, que d'en dire une si pitoyable. Il faut plutôt dire que les héritiers du donateur ne laissent pas d'avoir intérêt de connaître ces donations, afin de ne pas accepter la succession du donateur; car, quoiqu'en l'acceptant, ils eussent un recours pour les dettes contre le donataire, jusqu'à concurrence des choses données; ils ont néanmoins grand intérêt de ne la pas accepter, ce recours ne les mettant pas à couvert des poursuites des créanciers, étant souvent mauvais, ou accompagné de discussions [1].

98. Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les personnes entre qui elles sont faites. Il faut en excepter néanmoins celles faites au roi. La raison en est que les lois n'obligent que les sujets, et non le souverain. Il ne peut donc être assujetti à la loi de l'insinuation [2].

Vice versâ. Celles faites par le roi n'y sont pas assujetties. La première ordonnance qui a établi les insinuations, et qui est celle de 1539, y est formelle.

Au reste, il ne faut pas conclure de ces termes, que les donations faites, soit par un étranger à un Français, soit par un Français à un étranger, ne soient pas sujettes à l'insinuation ; car, comme l'observe Ricard, les lois exercent leur empire sur tous les biens du royaume. L'étranger, par rapport à la disposition, ou à l'acquisition qu'il fait de ces biens, y est sujet, et peut à cet égard être compris sous le terme de *nos sujets* [3].

§ II. *Où l'insinuation doit-elle être faite?*

99. Suivant les anciennes ordonnances, l'insinuation devait se faire dans les greffes des juridictions royales du domicile du donateur, et des lieux où les choses données étaient situées. Le roi, par édit de 1703, ayant établi des greffes des insinuations dans chaque juridiction royale, les insinuations ont cessé de pouvoir se faire dans les greffes ordinaires des juridictions royales, et ont dû se faire dans ces nouveaux greffes.

Depuis, ayant été permis aux greffiers des insinuations, d'établir des bureaux d'arrondissement dans les justices des seigneurs, il s'éleva la question de savoir si les insinuations étaient valablement faites dans ces bureaux d'arrondissement. Cette question fut décidée par la déclaration du roi, du 10 novembre 1717, qui décida que les insinuations qui avaient été faites, et qui seraient faites par la suite dans ces bureaux, seraient aussi valables que si elles eussent été faites aux greffes des insinuations des juridictions royales.

Depuis, par la déclaration du 7 février 1731, le roi a voulu que les insinua-

---

[1] Il y a encore utilité au cas où il y aurait deux institués contractuels, successivement gratifiés par le même donateur : lequel aura la préférence? En d'autres termes le dernier en date peut-il opposer au premier le défaut de publicité ? La loi dit *tous ceux qui ont intérêt.*

[2] Cette maxime, fruit de l'adulation et du despotisme, n'est heureusement plus en vigueur, sauf le cas où la loi porte expressément la dispense. *V.* art. 24, loi du 2 mars 1832.

Art. 24 : « Les propriétés du domaine privé, sauf l'exception portée « en l'art. 23 (qui affranchit le roi de « l'obligation de maintenir la réserve « légale au profit de ses enfants) sont « soumises à toutes les lois qui régis« sent les autres propriétés, elles seront « cadastrées et imposées. »

[3] *V.* art. 3, 2e alinéa, C. civ.

Art. 3 : « Les lois de police et de « sûreté obligent tous ceux qui habitent « le territoire.—Les immeubles, même « ceux possédés par des étrangers, sont « régis par la loi française.—Les lois « concernant l'état et la capacité des « personnes régissent les Fançais, « même résidant en pays étranger. »

tions ne se fissent qu'aux greffes des insinuations établis près les juges royaux ressortissants nûment aux Cours, et qui ont la connaissance des cas royaux.

100. Les lois touchant les lieux où l'insinuation doit se faire ayant été différentes, selon les différents temps, est-ce la loi du temps où la donation a été faite, ou celle du temps où l'insinuation se fait, qui doit décider?—C'est la loi qui a lieu au temps où l'insinuation se fait. La déclaration de 1731 déclare nulles toutes les insinuations qui se feront à l'avenir ; elle dit indistinctement : *Les insinuations des donations qui se feront à l'avenir.* Le bureau, qui était compétent lors de la donation, ayant cessé de l'être, on ne peut plus faire l'insinuation dans un bureau devenu incompétent.

101. L'insinuation devant se faire dans la juridiction du domicile du donateur; s'il en a changé, est-ce dans le lieu du domicile qu'il avait lors de la donation, ou dans celui du domicile qu'il avait lors de l'insinuation, qu'elle doit être faite?—Ricard (1re part., ch. 4, sect. 3, gl. 6, n° 1212) fait à cet égard une distinction qui est que, si l'insinuation est faite dans le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, l'insinuation a un effet rétroactif au temps de la donation, et qu'elle vaut, dès ce temps, elle doit être faite dans le lieu du domicile que le donateur avait lors de la donation ; si elle ne se fait qu'après le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, cette insinuation ne vaut que du jour qu'elle est faite, elle doit se faire au lieu du domicile qu'a le donateur lorsqu'elle est faite.

A l'égard de la disposition des ordonnances, qui portent « que les donations seront aussi insinuées dans les lieux où les choses données sont situées, » il est évident qu'elle ne peut avoir lieu pour les choses, qui par leur nature n'ont pas de situation, tels que sont les meubles. Les donations des meubles ne sont donc sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile [1].

102. Les choses incorporelles n'ont pas aussi de situation, n'y ayant que les corps qui en soient susceptibles; or, tous les droits, toutes les choses *quæ in jure consistunt,* sont comprises parmi les choses incorporelles; d'où il semble suivre que les donations de toutes ces choses ne sont sujettes qu'à l'insinuation du domicile.

Néanmoins, comme les droits qu'on a dans quelque héritage *jura in re*, tels que les droits d'usufruit, de rente foncière, de champart, sont, en quelque façon, comme une partie de l'héritage, la donation de ces sortes de droits est sujette à l'insinuation dans la juridiction du lieu où est situé l'héritage [2].

---

[1] La transcription doit être faite au bureau des hypothèques de la situation des biens. *V.* art. 939, C. civ.

Art. 939 : « Lorsqu'il y aura dona-« tion de biens susceptibles d'hypothè-« ques, la transcription des actes con-« tenant la donation et l'acceptation, « ainsi que la notification de l'accepta-« tion qui aurait eu lieu par acte sépa-« ré, devra être faite aux bureaux des « hypothèques dans l'arrondissement « desquels les biens sont situés. »

[2] La donation d'usufruit d'immeubles doit être transcrite au bureau de la situation des immeubles soumis à cet usufruit : l'usufruit d'immeubles étant un droit immobilier susceptible d'hypothèque (Art. 2118, C. civ.). Mais si la donation avait pour objet une servitude, la transcription devrait-elle avoir lieu? On dira pour la négative que la servitude n'est pas susceptible d'hypothèque. Cependant la servitude devient une qualité active du fonds dominant, elle sera frappée d'hypothèque conjointement avec le fonds dominant dont elle fait partie : d'ailleurs la publicité de la donation est exigée bien plus dans l'intérêt de ceux qui contracteront avec le donateur, que de ceux qui traiteront avec le donataire : il suffit donc que le droit établi par la donation affecte passivement les immeubles du donateur, diminue le gage qu'auraient, sans cette donation, ses créanciers pour exiger la transcription. Autrement, ceux qui contracteraient avec le donateur seraient obligés de supporter un

103. En est-il de même des droits *ad rem*. Par exemple, si quelqu'un avait donné à un autre le droit qu'il avait de se faire livrer un héritage, la donation devrait-elle être insinuée au lieu de la situation de l'héritage? Je le pense; car, donner un droit qui se termine et se résout dans l'héritage, c'est comme si on donnait l'héritage même [1].

A l'égard des autres droits et créances, qui ne se terminent qu'à quelque chose de mobilier, comme aussi à l'égard des rentes constituées, soit perpétuelles, soit viagères, la donation de ces sortes de choses n'est sujette qu'à l'insinuation au lieu du domicile du donateur, ces sortes de choses n'ayant pas de situation.

104. Il y a néanmoins certaines rentes qui, à cause du bureau de paiement qu'elles ont dans un certain lieu, sont censées avoir leur assiette et situation au lieu où est ce bureau; comme sont celles sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, etc. D'où il suit que les donations de ces rentes doivent être insinuées en la juridiction de ce lieu, comme lieu de la situation des choses données.

Les offices, quoique êtres incorporels, sont censés avoir une situation au lieu où s'en fait l'exercice, et par conséquent la donation d'un office doit être insinuée en ce lieu.

105. On a demandé si la donation des droits successifs appartenant au donateur, ou des biens présents du donateur, devait être insinuée au lieu où étaient situés les héritages compris dans la succession, ou dans les biens donnés. La raison de douter est que, dans des droits successifs, une universalité de biens est considérée comme une universalité des corps qui la composent. Néanmoins, comme les corps qui y sont compris sont réellement et effectivement donnés par la donation de l'universalité qui les comprend, il faut dire que l'insinuation doit être faite au lieu où ils sont situés [2].

Il en est autrement de la donation des biens qui se trouveront lors du décès du donateur. Comme cette donation ne comprend aucun corps certain, l'insinuation du domicile suffit.

106. Lorsque d'une terre et seigneurie qui a été donnée, dépendent plusieurs corps ou pièces d'héritages situés en différentes juridictions, Ricard (*ibid.*, n° 1217) et Lalande sont d'avis qu'il suffit de faire l'insinuation en la juridiction du lieu où est situé le chef-lieu. Ce sentiment est fort plausible; car le chef lieu est représentatif de tout ce qui en dépend; il est néanmoins plus sûr de faire l'insinuation dans les différents lieux. On pourrait peut-être user ici de la distinction que l'édit des criées met entre les fiefs et les héritages censuels, et dire qu'à l'égard des fiefs, il suffit de faire l'insinuation en la justice royale, et qu'à l'égard des héritages censuels, il faut la faire dans les différents lieux.

§ III. *Comment, et quand doit-on faire l'insinuation?*

107. L'insinuation se fait en transcrivant dans les registres publics destinés pour cet effet, l'acte de donation. Il faut que ce soit l'acte même de donation qui soit ainsi transcrit; il ne suffirait pas d'en transcrire un qui la confirmerait, à moins que l'acte de donation ne s'y trouvât inséré en entier [3].

---

droit, concédé gratuitement, et dont ils n'ont pu connaître l'existence.

Art. 2118 : « Sont seuls susceptibles « d'hypothèques,

« Les biens immobiliers qui sont « dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; — L'usufruit des mêmes biens et accessoires « pendant le temps de sa durée. »

[1] Il faudrait sans aucun doute appliquer l'art. 939, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 385, note 1.)

[2] Il faudra transcrire au bureau de la situation des immeubles.

[3] Art. 939, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 385, note 1.)

Au reste, il n'importe par qui se fasse cette insinuation. Tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'aurait pas de mandat pour cela ; car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que de rendre la donation publique. La fin est remplie, lorsqu'elle est transcrite dans les registres publics, et il est indifférent pour cette fin par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite.

108. L'insinuation doit être faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, pour le regard des personnes et biens qui sont dans le royaume, et dans six pour ceux qui sont hors du royaume [1].

109. Lorsque la donation a été acceptée *ex intervallo*, par un acte différent, le temps des quatre mois ne court que du jour de l'acceptation, car la donation n'est parfaite, et n'est donation que de ce jour, et l'insinuation n'aurait pu se faire auparavant, puisque l'insinuation suppose nécessairement une donation, et qu'il n'y a proprement pas de donation avant l'acceptation, mais un simple projet.

Que si une donation a été faite sous une condition suspensive, le temps courrait du jour de la donation, et non pas seulement du jour de l'échéance de la condition. La raison en est qu'encore que la donation soit en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, néanmoins, lorsque la condition vient à exister, elle a un effet rétroactif, et la donation vaut du jour du contrat, suivant le principe de droit commun à tous les actes entre-vifs, que les conditions de ces actes ont un effet rétroactif au temps du contrat.

Que si la donation conditionnelle est donation, dès le temps de sa date, il s'ensuit que le temps de l'insinuation doit courir du jour de la date, et non pas seulement du jour que la condition a existé ; autrement on ne satisferait pas aux ordonnances.

110. Lorsque le donateur a confirmé sa donation par un acte subséquent, si le premier acte était valable, le temps court du jour de la donation, et non pas du jour de la confirmation, qui est un acte inutile, le donateur ne pouvant plus donner ce qui a cessé d'être à lui. C'est pourquoi, on ne doit pas distinguer avec Ricard si cet acte était revêtu des formes de la donation.

111. Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'ordonnance, elle a un effet rétroactif au temps du contrat, c'est-à-dire, qu'elle est également valable, comme si elle eût été faite dès l'instant du contrat.

D'où il suit, 1° que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, il n'importe qu'elle se fasse du vivant, ou après la mort du donateur [2] ;

2° Il suit que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, elle est valable, même à l'égard des tiers qui auraient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation. Ces tiers, par exemple, ne pourront prétendre aucune hypothèque sur les choses données, parce que l'insinuation remontant au temps de la donation, ils n'en ont pu acquérir sur les choses données, qui, dès le temps de la donation, avaient cessé d'appartenir au donateur avec qui ils ont contracté.

112. L'insinuation, qui ne se fait qu'après le temps de l'ordonnance, n'est pas tout à fait inutile, pourvu qu'elle se fasse du vivant du donateur ; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date ; et en cela elle diffère de celle qui se fait dans le temps de l'ordonnance, dont l'effet remonte à la date de la donation.

---

[1] Le Code ne contient aucun délai : l'intérêt du donataire est un stimulant suffisant pour le décider à satisfaire promptement à cette condition : le plus tôt sera le mieux.

[2] Les héritiers qui alors seront obligés de subir les conséquences de la donation, auront à se reprocher d'avoir accepté trop précipitamment la succession.

De là il suit que la donation ne pourra être opposée aux créanciers qui auraient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et cette insinuation faite après le temps de l'ordonnance, lesquels pourront exercer leurs hypothèques sur les choses données, et de même tous les autres tiers au profit desquels le donateur aurait, depuis la donation, dans ledit temps, disposé des choses données, ou de quelque droit sur lesdites choses, pourront pareillement les demander contre le donataire qui ne pourra leur opposer sa donation. Mais le donataire n'aura rien à craindre de tous ceux avec lesquels le donateur contracterait depuis l'insinuation, non plus que des héritiers du donateur.

113. A l'égard de l'insinuation qui ne se ferait qu'après le temps de l'ordonnance, et après la mort du donateur, elle serait absolument nulle ; car les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils ne peuvent plus en être dépouillés par l'insinuation qui se ferait depuis.

L'insinuation ne peut, à la vérité, se faire après la mort du donateur, lorsque le temps de l'ordonnance est passé; mais peu importe, lorsqu'elle se fait, que le donateur ait perdu la capacité de donner; et en cela l'*insinuation* est différente de l'*acceptation*. La raison de différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la donation, qui ne peut sans cela exister. Or, il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation, elle n'est pas requise pour former la donation, mais seulement pour sa publicité. La donation a toute sa forme intrinsèque, indépendamment de l'insinuation; elle est valable entre le donateur et le donataire. Il est donc indifférent que lors de l'insinuation, le donateur ait conservé ou non la capacité de donner; il suffit qu'il l'ait eue lors de la donation.

Il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire. Ordonnance de 1731, art. 26.

§ IV. *Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé?*

114. L'insinuation des donations n'ayant été requise par les ordonnances que pour les rendre publiques, et afin, comme nous l'avons déjà dit, de ne pas induire en erreur ceux qui par la suite contracteraient avec le donateur, et ceux qui seraient appelés à sa succession; il s'ensuit que le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, puisque ce n'est pas par rapport à lui que l'insinuation a été ordonnée, et qu'il ne peut y avoir aucun intérêt. Cela est d'ailleurs formellement décidé par l'ordonnance de Moulins, art. 58, qui porte : « Faute de ladite (insinuation) seront nulles et de nul effet (les donations), tant en « faveur des créanciers que de l'héritier du donnant ; » et par l'art. 27 de l'ordonnance de 1731.

A l'exception du donateur lui-même, toutes les autres personnes ont intérêt à la nullité de la donation, et peuvent opposer le défaut d'insinuation, et la soutenir nulle par ce défaut.

115. Non-seulement les créanciers et les acquéreurs, à titre onéreux, peuvent opposer ce défaut, les donataires postérieurs à la donation et les légataires le peuvent aussi. L'ordonnance de 1731, art. 27, le décide en termes formels. Il est vrai que le défaut de publicité de la donation ne leur fait pas courir le même risque que courent des créanciers et des acquéreurs, à titre onéreux, qui contracteraient avec le donateur, et que courent les héritiers du donateur, puisque ceux-ci peuvent perdre leur propre bien en contractant avec le donateur que ses donations auraient rendu insolvable, ou en acceptant la succession devenue mauvaise ; mais l'intérêt de ceux-ci ayant une fois fait établir la nécessité de l'insinuation, pour la validité des donations, tous les

autres, quoiqu'ils aient un intérêt beaucoup moindre à la publicité des donations, et qui seul aurait été suffisant pour faire porter la loi, profitent de la loi portée, et sont reçus à opposer le défaut d'insinuation, pour l'intérêt qu'ils y ont quel qu'il soit. Or, on ne peut nier que ce donataire postérieur n'eût un intérêt de connaître la première donation ; car la connaissance qu'il en aurait eue, en empêchant d'accepter la donation postérieure qui lui en aurait été faite, l'aurait préservé du regret qu'il aurait de n'avoir pas une chose qu'il aurait comptée à lui, regret qu'on n'a pas, lorsqu'on n'a jamais compté que la chose nous appartînt.

116. On peut ajouter, à l'égard du donataire, que l'héritier étant débiteur envers le légataire de la chose léguée, le légataire peut exercer les droits de l'héritier son débiteur, et par conséquent exercer le droit qu'a l'héritier d'opposer le défaut d'insinuation pour retenir ou revendiquer les choses données.

Les héritiers du donateur peuvent aussi opposer le défaut d'insinuation. La raison de douter était qu'un héritier est obligé d'entretenir tous les engagements contractés par le défunt: *Cùm succedat in omne jus defuncti.* Mais l'intérêt public a fait décider que les héritiers pourraient opposer ce défaut, pour que ce défaut de connaissance de la donation n'engageât pas des héritiers à accepter une succession onéreuse, dans laquelle ils croiraient être compris les biens que le défunt a donnés[1].

---

[1] On voit, par ce que dit Pothier, très distinctement pourquoi les héritiers du donateur pouvaient opposer le défaut d'insinuation. Ces raisons sont absolument les mêmes aujourd'hui pour les autoriser à opposer le défaut de transcription. Sous l'empire du Code, comme autrefois, *le défaut de connaissance de la donation a peut-être engagé les héritiers à accepter une succession onéreuse, dans laquelle ils croyaient compris les biens que le défunt a donnés :* s'ils ne peuvent opposer le défaut de transcription, ils seront obligés d'exécuter cette donation, et resteront chargés des dettes du défunt, sans espoir de se faire restituer contre leur acceptation, car l'art. 783 leur refuse ce droit, qu'il n'accorde que pour le cas de la découverte d'un testament. L'article n'a pas même pu prévoir cette cause de restitution pour donation non rendue publique; parce qu'il a été décrété à une époque (19 avril 1803) où les héritiers pouvaient opposer le défaut de publicité de la donation pour se dispenser de l'exécuter, l'art. 27 de l'ordonnance restant en pleine vigueur.

La comparaison de cet article 27 de l'ordonnance avec l'article 941 du Code civil suffit pour prouver que le législateur du Code entendait accorder le droit d'opposer le défaut de transcription aux mêmes personnes qui avaient le droit d'opposer le défaut d'insinuation. « Le défaut d'insinuation des do- « nations qui y sont sujettes à peine « de nullité pourra être opposé tant « par les tiers acquéreurs et créan- « ciers du donateur, que par ses héri- « tiers, donataires postérieurs ou lé- « gataires, *et généralement par tous* « *ceux qui y auront intérêt*, autres « néanmoins que le donateur. » (Art. 27 de l'ord. de 1731.)

« Le défaut de transcription pourra « être opposé *par toutes personnes* « *ayant intérêt*, excepté toutefois « celles qui sont chargées de faire faire « la transcription, ou leurs ayants cause, « et le donateur. » (Art. 941, C. civ.)

L'article de l'ordonnance contient l'énumération des principaux intéressés, mais la règle est la même. L'article du Code a cru inutile d'énumérer les intéressés, mais il renouvelle la règle et le motif; seulement, dans une phrase incidente, il indique ceux qui sont non recevables, et qui ne peuvent trouver un droit dans le non accomplissement de leur devoir.

La jurisprudence paraît fixée en sens contraire; mais au moins il ne fallait

Par la même raison, lorsque le mari a donné entre-vifs un conquêt de sa communauté, et qu'il prédécède, sa veuve pourra aussi bien que les héritiers opposer le défaut d'insinuation pour la part qu'elle a droit de prétendre comme commune dans ce conquêt; car elle a intérêt d'en avoir connaissance pour prendre son parti sur l'acceptation de la communauté [1].

117. Même du vivant du mari, la femme, en cas de séparation, ou les héritiers de la femme, en cas de prédécès de la femme, peuvent opposer ce défaut par la même raison.

118. Il est bon d'observer que Lebrun va trop loin, lorsqu'il dit que la femme ou ses héritiers pourraient opposer le défaut d'insinuation pour leur part dans le conquêt donné, même dans les quatre mois depuis la donation, parce que, dit-il, la communauté ayant été dissoute, quoique avant les quatre mois, le mari n'étant plus le maître de la communauté ne peut perfectionner par l'insinuation la donation qu'il a faite de ce conquêt. La réponse est que l'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation. La donation a été parfaite par le contrat; mais sujette à être annulée vis-à-vis des tiers, si le donataire ne satisfaisait pas à la loi qui exige l'insinuation. Tant que les quatre mois ne sont pas expirés, il n'est pas en demeure et ne doit donc pas perdre l'effet de la donation, puisque l'insinuation qu'il fait avant l'expiration du terme, a un effet rétroactif comme nous l'avons vu ci-dessus.

119. Si le créancier ou l'héritier du donateur avait eu connaissance de la donation; par exemple, s'ils eussent reçu l'acte comme notaires, s'ils l'eussent souscrit comme témoins, pourraient-ils opposer le défaut d'insinuation? Je le pense; car, quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation ne se rencontre pas à leur égard, néanmoins il suffit que les ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, et pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la donation, quelque connaissance particulière qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la loi a introduit pour sa publicité. On peut encore dire que, depuis que les ordonnances ont introduit l'insinuation pour éviter qu'il ne se fît des donations simulées, il résulte du défaut d'insinuation une présomption que ces donations, qu'on a voulu tenir cachées en ne les faisant pas insinuer sont des donations simulées, et ceux même qui en ont connaissance ont droit d'en porter ce jugement, et par conséquent d'opposer le défaut d'insinuation [2].

---

pas aller chercher un argument dans l'art. 1072; car la transcription des *substitutions* n'a rien de commun ni dans ses motifs, ni dans ses effets avec la transcription *des donations*. C'est une évidente confusion.

[1] *V.* art. 1422, C. civ.

Art. 1422 : « (Le mari) ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des « immeubles de la communauté, ni de « l'universalité ou d'une quotité du « mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. — Il peut « néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au « profit de toutes personnes, pourvu « qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. »

[2] Quoiqu'il n'y ait pas un article aussi formel que pour le défaut de transcription (art. 1071, C. civ.), nous pensons qu'il faut admettre la même décision.

Art. 1071 : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les « tiers acquéreurs pourraient avoir « eue de la disposition par d'autres « voies que celle de la transcription. »

§ V. *Quelles exceptions peut-on opposer ou non, contre le défaut d'insinuation ?*

120. La meilleure exception qu'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation, est que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve responsable envers le donataire de ce défaut.

Cela arrive toutes les fois que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve avoir été l'administrateur des biens du donataire, et, en cette qualité, tenu de faire faire l'insinuation, ou bien encore, lorsque celui qui oppose le défaut d'insinuation est l'héritier de cet administrateur, car, en cette qualité, il succède aux obligations de cet administrateur.

C'est par cette raison que l'ordonnance de 1731, art. 30, décide que les héritiers du mari ne pourront opposer le défaut d'insinuation des donations qu'il a faites à sa femme ; car le mari, comme administrateur des biens de sa femme, était, en cette qualité, tenu de faire faire cette insinuation, et, faute de l'avoir faite, il est obligé envers sa femme aux dommages et intérêts qui en résultent, laquelle obligation passe à ses héritiers. Or, il serait contradictoire qu'une personne opposât le défaut d'insinuation, lorsqu'elle est elle-même tenue des dommages-intérêts qui résultent de ce défaut.

121. Par la même raison, si un tuteur a fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur ne seront pas recevables à opposer le défaut d'insinuation, art. 31.

122. Par la même raison, si Pierre m'a fait une donation, mon tuteur, mon curateur, mon mari ou son héritier, qui deviendrait par la suite héritier de Pierre, ou qui deviendrait créancier de Pierre, ne pourrait pas, en ladite qualité d'héritier, ou de créancier de Pierre, m'opposer ce défaut, parce que je répliquerais qu'en la qualité qu'il a eue de mon tuteur, curateur, ou mari, il est responsable envers moi de ce défaut [1].

123. Il paraîtrait suivre de là que si, par un contrat de donation, le donateur s'était, à peine de tous dépens, ou dommages-intérêts, chargé de faire faire lui-même l'insinuation, son héritier ne pourrait en opposer le défaut au donataire. Néanmoins l'ordonnance, art. 27, décide le contraire, et veut qu'une telle clause soit de nul effet. La raison est, qu'une telle clause par laquelle le donateur, qui n'a aucune qualité pour défendre les intérêts du donataire, s'oblige à faire faire lui-même l'insinuation, paraît n'être faite que pour soustraire le donataire à la nécessité de l'insinuation, et pour rendre la donation secrète, et par conséquent, faite en fraude des lois qui ordonnent l'insinuation. En effet, si cette clause était permise, il serait toujours permis, par le moyen de cette clause, d'éluder l'ordonnance au moins pour ce qui concerne l'intérêt des héritiers ; or, toute clause en fraude des lois est de nul effet.

124. La puissance de quelqu'un en laquelle le donataire a été, lui donne bien une défense contre cette personne en la puissance de qui il a été, ou contre les héritiers de cette personne qui lui opposeraient le défaut d'insinuation ; mais elle ne lui donne aucune défense contre des tiers, quand même l'insolvabilité de la personne, en la puissance de qui a été le donataire, ne lui laisserait aucun recours. C'est pourquoi les créanciers du mari peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation des donations qui lui auraient été faites par son mari, quoique la femme, pendant le temps qu'elle était en la puissance de son mari, n'ait pas eu la liberté de faire cette insinuation. La femme n'a

---

[1] L'art. 941 du Code dit également : « Excepté toutesfois celles (les personnes) qui sont chargées de faire faire la « transcription ou leurs ayants cause. »

nullité, dont une est « qu'il soit passé pardevant notaires, » la donation est nulle, lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités ; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards ; et qu'ainsi, une donation qui manque de cette formalité ne peut, ni transférer la propriété des choses données, ni engager le donateur.

D'un autre côté, on peut dire contre le donateur, que l'ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parce que ces actes sont suspects de la fraude faite à la loi, touchant l'irrévocabilité des donations, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux envers qui cette fraude pourrait avoir été commise, savoir les héritiers du donateur, et les tiers, qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation, et cependant on n'a pas laissé de tenir que ce défaut ne pouvait être opposé par le donateur [1].

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force sans cela. L'acte par-devant notaires est requis pour la forme même de l'acte ; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela [2].

Il reste à observer que cette disposition de l'ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle ; car, en ce cas, il n'est besoin d'aucun acte [3].

---

[1] Pothier semble ici avoir oublié que l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 exceptait formellement le donateur du nombre des personnes qui avaient le droit d'opposer le défaut d'insinuation : « *et généralement par tous ceux qui* « *y ont intérêt, autres néanmoins que* « *le donateur.* »

[2] L'acte notarié, la minute, l'acceptation expresse, sont des formalités intrinsèques et constitutives de la donation, sans lesquelles elle n'existe pas.

[3] *V.* art. 948, C. civ.

Art. 948 : « Tout acte de donation « d'effets mobiliers ne sera valable que « pour les effets dont un état estima- « tif, signé du donateur et du dona- « taire, ou de ceux qui acceptent pour « lui, aura été annexé à la minute de « la donation. »

Il résulte bien clairement de cet article que, lorsque le donateur d'effets mobiliers veut faire la donation *par acte*, il faut que l'acte soit notarié et en minute, accompagné de l'état estimatif signé du donateur et du donataire, sans quoi la donation n'est pas valable : et la tradition qui serait faite en vertu et par exécution de cet acte nul, ne rendrait pas pour cela la donation valable. Le donateur pouvait sans doute faire une donation manuelle, qui eût été efficace *solâ traditione*, mais telle n'a point été son intention : seulement il pourra s'élever à cette occasion une question de fait, savoir si le donateur, en livrant les objets mobiliers, a voulu procéder à l'exécution de la donation faite par écrit, ou s'il a voulu faire distinctement une donation manuelle, abstraction faite de l'existence de l'acte.

SECTION III.

De l'effet des donations entre-vifs; des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir quelques retranchements.

Art. 1er — De l'effet de la donation entre-vifs.

§ Ier. *De l'effet de la donation par rapport au donateur.*

132. L'effet de la donation entre-vifs par rapport au donateur, est de le dépouiller de la propriété de la chose, et de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite[1].

Mais la donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la donation est différente du contrat de vente dans lequel le vendeur s'oblige : *præstare emptori rem habere licere.*

133. Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les dépenses qu'il aurait faites à l'occasion de la donation, comme du coût du contrat, centième denier, et des augmentations qu'il a faites à la chose, et qui étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire?—La raison de douter, est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant imprudemment ce qui n'était pas à lui. C'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence; néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat, qui ne se faisait que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais, s'il paraissait que le donateur eût fait cette donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il serait bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la loi 18, § 3, ff, *de Donat.*

Que si l'action hypothécaire était pour les dettes du donateur, le donataire aurait le recours qu'ont tous ceux qui paient les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur ; ainsi que nous le verrons ci-après.

134. La donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avait aucun, et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet, et c'est en ce sens que : *res aliena vendi potest, donari non potest;* et ailleurs : *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est.* L. 9, § 3, *de Donat.*

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef : car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire

---

[1] C'est la définition donnée par le Code. Art. 938, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 375, note 1 ; et 711, C. civ.

Art. 711 : « La propriété des biens « s'acquiert et se transmet par succes- « sion, par donation entre-vifs ou tes- « tamentaire, et par l'effet des obliga- « tions. »

cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivait, ne serait pas obligé à la faire cesser.

135. La donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenait l'héritier du propriétaire de cette chose? —Je le pense ainsi : car, si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins il s'oblige *per se non fieri quominùs habere liceat.* Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée, qu'il n'avait pas encore; mais il a pu, et il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourraient un jour lui appartenir dans cette chose.

Il reste à observer que, quoique le donateur ne soit pas tenu, par la nature de la donation, de la garantie des choses données, il peut néanmoins, par une clause particulière, s'y obliger [1].

§ II. *De l'effet de la donation par rapport au donataire.*

136. L'effet de la donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avait en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord par la tradition la propriété que le donateur n'avait pas, *cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet;* mais, au moins, la donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la loi : *Traditio ex causâ donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

137. La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savait, ou devait savoir qu'il n'était pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resterait pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouverait avoir été faite, quand même ils ne seraient pas hypothécaires, pourraient la faire révoquer par l'action Paulienne, quand même le donataire n'aurait pas eu connaissance de la fraude du donateur; et en cela les donataires sont différents de ceux qui acquièrent à titre onéreux; lesquels ne sont sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participants du conseil de fraude [2].

---

[1] La garantie est due si la donation a été faite *dotis causâ. V.* art. 1440 et 1547, C. civ.

Art. 1440 : « La garantie de la dot « est due par toute personne qui l'a « constituée; et ses intérêts courent « du jour du mariage, encore qu'il y « ait terme pour le paiement, s'il n'y « a stipulation contraire. »

Art. 1547 : « Ceux qui constituent « une dot, sont tenus à la garantie des « objets constitués. »

[2] *V.* art. 1167, C. civ., et 446, 1er et 2e alinéa, C. comm.

Art. 1167: « (Les créanciers) peuvent « aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur « en fraude de leurs droits.— Ils doi- « vent néanmoins, quant à leurs droits « énoncés au titre *des successions* et « au titre *du contrat de mariage et des* « *droits respectifs des époux*, se con- « former aux règles qui y sont pre- « scrites. »

Art. 446, C. comm.: « Sont nuls et sans « effet, relativement à la masse, lors- « qu'ils auront été faits par le débiteur « depuis l'époque déterminée par le tri- « bunal comme étant celle de la cessa- « tion de ses paiements, ou dans les

138. A l'égard des donataires universels des biens présents, ils sont tenus des dettes que le donateur devait lors de la donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno.* Ils peuvent néanmoins s'en décharger, en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes; s'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

139. Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, et par conséquent tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières, de quelque valeur qu'elles soient, et quand même elles feraient la plus grande partie de ses biens; car le donataire les retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas.* Or la charge des dettes est charge *non rerum singularum, sed universalitatis;* laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend, sous le nom de *donataires universels*, non-seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens, tels que sont les donataires de tout le mobilier, ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne; mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universalitatis* [1]. C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritages, et qu'il les donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle, il faut que la donation porte qu'il *donne ses acquêts, qui consistent en telle et telle chose;* que si, au contraire, il *donne tel et tel héritage*, la donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parce qu'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulas.*

140. Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particulière de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine, et qui sont attribuées dans les successions à une certaine espèce d'héritier, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres; mais celui qui serait donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc., ne serait pas donataire universel; car ces choses sont des espèces de choses, et non pas des espèces de biens. On divise les biens en *meubles*, en *acquêts* et *propres;* mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en *maisons, vignes, prés*, etc. Ces donations ne sont donc que des donations de choses particulières, qui ne contiennent pas la charge des dettes.

« dix jours qui auront précédé cette « époque ;—Tous actes translatifs de « propriétés mobilières ou immobiliè- « res à titre gratuit ;—Tous paiements, « soit en espèces, soit par transport, « vente, compensation ou autrement, « pour dettes non échues, et pour dettes « échues, tous paiements faits autre- « ment qu'en espèces ou effets de « commerce; —Toute hypothèque con- « ventionnelle ou judiciaire, et tous « droits d'antichrèse ou de nantisse- « ment constitués sur les biens du dé- « biteur pour dettes antérieurement « contractées. »

[1] Nous n'avons plus dans nos lois la distinction des biens en *propres* et en *acquêts ;* mais le Code considérant comme légataires à titre universel, et par conséquent obligés de contribuer aux dettes, les légataires des meubles, des immeubles, ou d'une quote de ces biens, nous devons, par identité de motifs, considérer comme donataires à titre universel, et tenus des dettes au prorata, ceux auxquels donation serait faite des meubles ou des immeubles, ou d'une quote d'iceux.

141. Le donataire d'une certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de toutes les dettes, dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières, dont cette universalité générale est composée, dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le *double* en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du *double* des dettes. Par conséquent, le donataire des meubles sera tenu seulement du *tiers* des dettes.

142. Dans les coutumes où les dettes mobilières suivent les meubles, telles que la coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobilières : mais, dans ces coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobilières, dont il est seul tenu.

143. Les donataires des biens présents ne sont tenus que des dettes que le donateur devait lors de la donation, et non pas de celles qu'il a contractées depuis : car ces dettes qu'il contracte depuis la donation, ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes; et il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la donation, en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présents est tenu des dettes contractées sous condition, avant la donation, quoique la condition n'existe que depuis : car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat; ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé, et avoir fait partie des charges des biens, dès le temps de la donation; car effectivement, dès ce temps, les biens en étaient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avaient été contractées.

144. Lorsque la donation a été faite des biens présents et à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires [1].

Il y a, au reste, cette différence entre la donation des biens présents et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présents (Ordonnance de 1731, art. 17); au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner, pour s'en décharger [2].

ART. II. — De la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.

145. C'était autrefois une question, si les donations faites par un homme qui, lors de la donation, n'avait pas d'enfants, étaient révoquées par la sur-

[1] Ces dispositions ne sont permises que par contrat de mariage, soit par des tiers aux futurs, soit par l'un des futurs à son futur conjoint.

[2] *V.* art. 1084, C. civ., ci-dessus, p. 365, note 2. et 1085, C. civ.

Art. 1085 : « Si l'état dont est mention au précédent article n'a point « été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le « donataire sera obligé d'accepter ou « de répudier cette donation pour le « tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du « donateur, et il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges « de la succession. »

venance d'enfants au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la loi 8, Cod. *de Revoc. donat.*, qui est de Constantin et de Constance, dont voici les termes : *Si unquàm libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris abitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenaient la négative, prétendaient que cette loi ne contenait pas une décision générale, et devait être restreinte au cas d'une donation faite par un patron à ses affranchis ; que des affranchis qui tenaient tout ce qu'ils étaient de leur patron, doivent être plus prêts que d'autres à lui remettre les biens, dont il n'aurait vraisemblablement pas disposé, s'il eût su qu'il aurait un jour des enfants ; que si cette loi eût fait une décision générale, Justinien en aurait fait mention dans ses Institutes, ce qu'il n'a pas fait ; enfin, que saint Augustin, en parlant d'Aurèle, évêque de Carthage, qui avait restitué des biens donnés à son Eglise, à un donateur à qui il était survenu des enfants, dit qu'il aurait pu les retenir *sed jure fori, non jure poli. Decret., part.* 2, *causa* 17, *quæst.* 3, *can.* 43, *in fine ;* ce qui prouve que la loi, *Si unquàm,* n'était pas observée comme loi générale.

146. Nonobstant ces raisons, l'opinion pour l'affirmative a prévalu depuis longtemps, et elle est confirmée par l'ordonnance, art. 39. La raison de cette jurisprudence est que celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants, et qu'il est dans cette disposition de volonté ; que s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas ; d'où on a tiré la conséquence que la donation devait être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation, en cas de survenance d'enfants [1].

§ I. *Quelles donations sont sujettes à cette révocation.*

147. L'ordonnance, art. 39, veut que toutes donations y soient sujettes : — 1° De quelque valeur que lesdites donations puissent être. Il est donc à cet égard égal que la donation soit de tous les biens, ou d'une partie, ou de choses particulières [2].

On aurait pu douter autrefois si une donation modique, eu égard aux facultés du donateur, était sujette à cette révocation. Les termes de la loi 8, *Si unquàm* Cod. *de Revoc. donat.*, semblent ne désigner que des donations universelles, ou du moins considérables, dont l'objet fasse une partie notable des biens du donateur ; c'est aussi par rapport aux donations, qui font un chan-

[1] Puisqu'on peut motiver ainsi la loi, à quoi bon invoquer l'autorité de la constitution de Constantin, qui bien évidemment ne parle que d'un patron donateur et d'un affranchi donataire de tout ou partie des biens de son patron donateur : il vaut mieux chercher les motifs de nos lois dans la raison, dans notre pratique et nos mœurs, que dans des interprétations quelquefois erronées du droit romain.

[2] *V.* art. 960, C. civ., qui n'admet également aucune distinction.

Art. 960 : « Toutes donations entre-« vifs faites par personnes qui n'avaient « point d'enfants ou de descendants « actuellement vivant dans le temps « de la donation, de quelque valeur « que ces donations puissent être, et à « quelque titre qu'elles aient été faites, « et encore qu'elles fussent mutuelles « ou rémunératoires, même celles qui « auraient été faites en faveur du ma-« riage par autres que par les ascen-« dants aux conjoints, ou par les con-« joints l'un à l'autre, demeureront ré-« voquées de plein droit par la surve-« nance d'un enfant légitime du dona-« teur, même d'un posthume, ou par la « légitimation d'un enfant naturel par « mariage subséquent, s'il est né de-« puis la donation. »

gement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les aurait pas faites s'il eût su avoir des enfants; et il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même, lorsque la donation est modique.

Néanmoins il faut décider que toute donation, soit modique, soit considérable, est sujette à cette révocation. Les termes de l'ordonnance y sont précis: *De quelque valeur que les donations puissent être;* soit qu'elles soient modiques, soit qu'elles soient considérables. La raison en est que les nouvelles ordonnances, ayant eu pour but principal de retrancher la matière des procès, elles n'ont pas cru devoir laisser subsister une différence entre les donations modiques et considérables, laquelle donnerait lieu à des discussions et à des procès, pour juger et estimer quand une donation devrait être jugée et estimée modique ou considérable.

On ne doit pas néanmoins comprendre parmi les donations sujettes à révocation, de petits présents de choses mobilières.

Il suit aussi de la généralité des termes de l'ordonnance, que la donation de l'usufruit y est comprise, comme celle faite en propriété.

2° L'ordonnance comprend dans sa disposition les donations, à quelque titre qu'elles aient été faites, encore qu'elles soient *mutuelles.*

Ricard (*Du Don mutuel,* ch. 5, sect. 5, n° 213) avait pensé le contraire, et sa raison était, que la donation mutuelle semble être plutôt un contrat aléatoire qu'une vraie donation, le donataire recevant les biens du donateur, non gratuitement, mais comme le prix du risque qu'il court de lui faire passer les siens, au cas que ce soit lui qui prédécède; or, disait Ricard, il n'y a que les donations simples qui soient sujettes à révocation pour cause de survenance d'enfants. L'ordonnance a décidé le contraire; car il y a même raison de présumer à l'égard de la donation mutuelle, comme à l'égard de la donation simple, que le donateur ne l'aurait pas faite, s'il eût su devoir avoir des enfants.

148. La donation mutuelle, faite par celui à qui il est survenu des enfants, étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est par survenu, l'est-elle aussi?—Je le pense; car celui-ci ayant donné en considération de la donation qui lui était faite, et cette donation qui lui a été faite étant révoquée, la cause pour laquelle il avait donné cesse; il y a donc par conséquent lieu à la répétition dont il est parlé au titre du Digeste *de Condictione sine causâ*[1].

---

[1] Nous ne pouvons admettre cette décision de Pothier : il nous semble qu'il dénature complétement le principe des donations mutuelles pour en faire un contrat à titre onéreux, un échange. C'est dans l'échange qu'il est vrai de dire, que l'abandon que je fais de ma chose au profit du coéchangiste, a pour cause l'abandon qu'il fait à mon profit de sa propre chose. Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, et c'est pour cela que la condition résolutoire y est toujours sous-entendue, art. 1184, C. civ.

Art. 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour « le cas où l'une des deux parties ne « satisfera point à son engagement.— « Dans ce cas, le contrat n'est point « résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point « été exécuté, a le choix ou de forcer « l'autre à l'exécution de la convention « lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages « et intérêts.—La résolution doit être « demandée en justice, et il peut être « accordé au défendeur un délai selon « les circonstances. »

Mais les donations mutuelles ne sont point un échange : ce sont deux libéralités très distinctes; chacune d'elles à sa cause dans l'affection que le donateur porte au donataire : la donation

149. L'ordonnance comprend en ces dispositions les *donations rémunératoires;* ce qu'il faut entendre du cas auquel les services ne seraient pas appréciables à prix d'argent; ou supposé qu'ils le fussent, s'ils étaient de beaucoup moindre valeur que la chose donnée [1].

Observez que, lorsque la donation est révoquée, en ce cas, le droit de se faire payer de ses services doit être réservé au donataire.

150. Il faut dire la même chose des *donations onéreuses;* elles sont sujettes à la révocation, à moins que les charges ne fussent appréciables à prix d'argent, et n'égalassent la valeur des choses données; si elles sont de moindre prix, la donation sera révoquée, les droits du donataire réservés pour se faire payer, s'il avait déjà acquitté les charges.

151. Les donations qui consistent dans des remises faites à un débiteur, sont-elles sujettes à révocation?—Il faut dire que oui, lorsque ces remises sont faites par pure libéralité; car alors elles sont de vraies donations, et l'ordonnance renferme dans sa disposition toutes sortes de donations, à quelque titre qu'elles soient faites.

Que si elles étaient faites par un autre motif, comme par transaction, pour éviter un procès, ou par contrat d'atermoiement, pour donner mieux le moyen à un débiteur insolvable de payer le surplus; dans ces cas et autres semblables, les remises faites au débiteur, n'étant pas de vraies donations, ne doivent pas être sujettes à révocation.

152. Les donations, quoique *pour causes pies*, sont sujettes à la disposition de l'ordonnance, puisqu'elles n'en sont pas exceptées.

153. Celles faites *en faveur de mariage* à quelqu'un des conjoints y sont sujettes aussi. L'ordonnance le décide expressément. La raison de douter aurait pu être que ces donations, étant comme des conditions du mariage qui aurait pu ne pas se contracter sans cela, ne doivent pas facilement se révoquer. La réponse est qu'il n'est fait par là aucun tort aux conjoints, qui, connaissant l'état du donateur qui n'avait pas d'enfants, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisait était sujette à la révocation, en cas de survenance d'enfants, et sont censés en avoir voulu courir le risque.

L'ordonnance fait néanmoins une exception, en assujettissant à sa disposition *même celles qui auraient été faites en faveur de mariage*, elle ajoute, *par autres que par les conjoints, ou les ascendants.*

Ces termes, *ou ascendants,* ne sont pas trop clairs; ils ne peuvent s'entendre des ascendants des conjoints, car l'ascendant de l'un des conjoints n'est pas sans enfants; et par conséquent la donation qu'il fait n'a pas besoin d'être exceptée de la loi qui assujettit à la révocation pour survenance d'enfants, les donations faites par personnes étant sans enfants. Il faut donc entendre par ces termes, *ou ascendants*, ceux mêmes qui feraient par contrat de mariage donations aux enfants qui naîtront, dont ils seront ascendants. Le sens de cette ordonnance est donc : Les donations sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfants, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entre eux, ou par les conjoints ascendants à leurs enfants à naître du mariage [2]. La raison de l'exception qu'on a coutume de rapporter est,

---

que ce donateur avait précédemment reçue de celui à qui il fait une libéralité peut, nous en convenons, être l'occasion, le motif éloigné de sa bienveillance, mais ce n'est point la cause prochaine, immédiate et de droit de la donation.

[1] Notre Code a répété les termes de l'ordonnance; ainsi, ce que dit ici Pothier peut être considéré comme un commentaire de l'art. 960, C. civ.

[2] Pothier fait tous ses efforts pour justifier la rédaction de l'ordonnance, et donner un sens raisonnable à ces

qu'on ne peut pas dire que les donations que les conjoints se font en se mariant, soient faites par le motif de la persuasion qu'ils ont qu'ils n'auront pas d'enfants; au contraire, puisqu'ils se marient, on doit présumer qu'ils comptent en avoir, puisque la procréation des enfants est la principale fin du mariage. Cette raison n'est pas suffisante, car elle s'étendrait aux donations que les conjoints feraient à d'autres personnes en faveur du mariage; *Putà*, aux enfants de l'autre, ou à leur futur beau-père. Cependant il paraît que l'ordonnance n'a excepté que celles que les conjoints se font entre eux, ou aux enfants qu'ils espèrent, dont ils seront les ascendants. Il faut donc ajouter à cette raison une autre, qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur, ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.

154. A l'égard des donations faites aux enfants à naître du mariage, il est évident que le droit de la révocation établi en faveur des enfants, ne peut être rétorqué contre eux, ni par conséquent avoir lieu pour les donations qui leur sont faites.

155. La donation faite à un ecclésiastique pour lui servir de titre clérical[1], est-elle sujette à la disposition de l'ordonnance?—Oui, puisque la loi est générale, et qu'elle n'en est pas exceptée. On pourrait néanmoins soutenir, pour

---

mots *ou ascendants*, nous ne pensons pas qu'il y ait réussi; il valait mieux dire que c'était une erreur de rédaction; mais ce qui est bien étonnant, c'est que cette même erreur se retrouve dans l'art. 960, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 399, note 2, et on ne pourrait même pas aujourd'hui admettre l'interprétation donnée par Pothier, car les conjoints ne peuvent pas faire de donation à leurs enfants à naître; nous sommes donc obligés de convenir que c'est une erreur de rédaction; en effet, les ascendants des conjoints ont enfants; ils n'étaient donc pas compris dans la règle.

Quant à l'autre exception, *ou par les conjoints l'un à l'autre*, on en aperçoit facilement le motif; mais la raison de cette exception ne se rencontre que dans le cas où les enfants qui naîtront seront issus du donateur et du donataire; et cependant il peut arriver que le conjoint donataire prédécède sans laisser d'enfants, que le conjoint donataire se remarie, et qu'il lui survienne des enfants; les biens donnés au premier conjoint appartiennent aujourd'hui aux héritiers du conjoint donataire prédécédé: la donation ne sera pas révoquée, le texte de la loi s'y oppose, mais son esprit aurait exigé une restriction à l'exception.

[1] Il n'y a point aujourd'hui de *titre clérical*: on appelait ainsi le fonds qui devait être assuré pour la subsistance d'un ecclésiastique avant qu'il fût promu aux ordres sacrés.

La loi du 18 germinal an 10 portait: « Ils (les évêques) ne pourront ordonner aucun ecclésiastique, s'il ne justifie d'une propriété produisant au moins un revenu annuel de trois cents francs, et s'il n'a atteint l'âge de 25 ans. »

La première condition fut supprimée par l'art. 2 du décret du 28 février 1810; et la seconde a été modifiée par les art. 3 et 4 du même décret. Il serait cependant fort à désirer que tout ecclésiastique eût personnellement de quoi vivre; il serait moins à la charge de ses paroissiens, il pourrait même dans certaines circonstances venir à leur secours; une certaine position de fortune serait aussi une garantie qu'il est entré dans cet état par une profonde conviction des vérités qu'il est chargé d'enseigner, et non point pour se procurer une vie plus douce, en abandonnant les pénibles travaux auxquels sa naissance semblait l'avoir condamné.

Quant à l'âge, l'importance des fonctions que les ecclésiastiques ont à remplir, l'influence qu'ils exercent, influence d'autant plus forte qu'elle est occulte, exige, il faut en convenir, une maturité, une expérience qu'il est rare

l'intérêt de l'Eglise, qu'on devrait en laisser la jouissance au donataire, jusqu'à ce qu'il fût pourvu d'un bénéfice, *ne ad dedecus Ecclesiæ clericus mendicare cogatur*.

156. C'était une question avant l'ordonnance, si la donation, qui contenait une clause expresse *qu'elle ne pourrait être révoquée pour cause de survenance d'enfants*, ne laisserait pas d'être sujette à cette révocation. On peut dire pour la négative que la loi, qui ordonne que les donations seront révoquées par la survenance d'enfants au donateur, est une loi qui n'a pour objet aucun intérêt public, mais l'intérêt particulier du donateur, auquel la loi a voulu subvenir; or, c'est un principe, que les particuliers peuvent par des clauses déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt particulier de celui qui y déroge; et c'est sur ce fondement que Ulpien dit que, *pacisci contrà edictum Ædilium omni modo licet*. L. 31, ff. *de Pact.*

Ajoutez que la loi, qui ordonne la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants, n'est fondée que sur une conjecture et présomption de la volonté du donateur, qui ne donne que parce qu'il compte n'avoir pas d'enfants, et qu'il est dans une dispositon de volonté de ne pas donner, s'il croyait en avoir un jour; or, la clause par laquelle le donateur déclare expressément qu'*il entend donner, même dans le cas où il aurait des enfants*, fait cesser cette présomption : car c'est une maxime que, *ubi est declaratio voluntatis*, *non est conjecturis et præsomptioni locus*. La raison de la loi cesse donc en ce cas, et par conséquent la loi ne doit pas avoir lieu.

Nonobstant ces raisons qui sont assez fortes, plusieurs docteurs, dès longtemps avant l'ordonnance, avaient pensé que cette clause était inutile, et qu'elle ne devait pas empêcher la révocation de la donation dans le cas de la survenance d'enfants. Les raisons de ce sentiment sont, que cette clause ne détruit pas la présomption sur laquelle la loi est fondée, « que le donateur n'a donné, que parce qu'il comptait qu'il n'aurait pas d'enfants »; que s'il a ajouté la clause qu'*il entendait que sa donation eût lieu, même dans le cas où il lui surviendrait des enfants*, c'est qu'il s'abusait lui-même, et que, ne faisant pas attention à l'inconstance des volontés humaines, et ne s'arrêtant qu'à la disposition présente de la volonté dans laquelle il était de ne se pas marier, laquelle il considérait alors comme invariable, il s'imaginait qu'il n'aurait jamais d'enfants, et qu'ainsi il ne risquait rien, en disant qu'*il entendait donner*, *même dans le cas où il en aurait;* mais que sa véritable et secrète disposition était que, s'il eût su devoir en avoir un jour, il n'aurait pas donné [1].

Quant à l'objection « que chacun peut renoncer à une loi qui n'est faite qu'en sa faveur, » Ricard rapporte deux réponses : La première, que la loi pour la révocation des donations, en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. La seconde est, que la maxime « que chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur, » doit s'entendre avec cette limitation, « pourvu que, lorsqu'il y déroge, il soit dans le même état, et dans la même position, dans laquelle il sera, lorsqu'il aura droit de se servir de cette loi introduite en sa faveur, et non pas

---

et difficile d'avoir acquise même à 25 ans. Aussi, le concile de Trente, tout en fixant à 25 ans l'âge pour la prêtrise, ajoute : *Sciant tamen episcopi, non singulos in eâ ætate constitutos, debere ad hoc ordinem assumi; sed dignos duntaxat, et quorum probata vita* SENECTUS FIT. Sess. 23, cap. 12.

[1] *V.* art. 965, C. civ., qui reproduit la décision de l'ordonnance.

Art. 965 : « Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait « renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant, sera « regardée comme nulle, et ne pourra « produire aucun effet. »

lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. » Ainsi un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore dans l'état de minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations, au cas de survenance d'enfants, ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants, et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté, et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur; autrement la prévoyance de la loi deviendrait inutile, car, dans la fausse assurance où ils sont de la persévérance de leur volonté, ils consentiraient sans peine à déroger à la loi; or, cette clause de dérogation deviendrait un style de notaire, qui rendrait la loi inutile (Ricard, 3e part., ch. 5, sect. 2).

On peut encore ajouter qu'il y a même quelque raison d'intérêt public qui porte à n'avoir aucun égard à ces clauses, afin que les donations ne détournent pas ceux qui les ont faites de contracter mariage, et de donner par ce moyen des citoyens à l'Etat. Ce sentiment est confirmé par l'ordonnance de 1731.

§ II. *Que requiert la loi en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfants ?*

157. Ce que la loi requiert en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation, pour cause de survenance d'enfants, est que le donateur n'eût pas d'enfants au temps de la donation. C'est ce qui résulte des termes de la loi 8, Cod. *de revoc. Donat.*, et de ceux de l'ordonnance de 1731, art. 39 : *Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient pas d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation* [1].

De là naît une première question. La loi et l'ordonnance s'étant exprimées au pluriel, la donation faite par une personne qui n'avait qu'un enfant lors de la donation, serait-elle comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance ?—On peut dire pour l'affirmative qu'il se trouve dans les termes de la loi, *qui non habet filios,* et que l'article 39 de l'ordonnance de 1731, s'exprime pareillement au pluriel : *Toutes donations entre-vifs, faites par personnes qui n'avaient point d'*ENFANTS, et que, par conséquent, la donation faite par une personne qui n'avait qu'un enfant lors de la donation, n'est pas comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance, n'ayant pas d'*enfants* au pluriel, puisqu'elle n'en a qu'*un*. Néanmoins il faut tenir la négative; car, dans l'usage vulgaire de parler, il suffit qu'une personne ait un enfant, pour qu'on ne puisse pas dire qu'elle n'a pas d'enfants : *Non est sinè liberis cui unus filius unave filia est : hæc enim enunciatio* HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.* L. 148, ff. *de Verb. sig.*, et d'ailleurs il est évident que la raison de la loi ne milite, que lorsque le donateur n'a point d'enfants.

158. On peut demander si, avant l'ordonnance, la donation faite par une personne qui n'avait qu'un petit-fils, lors de la donation, était comprise dans la disposition de la loi, 8, Cod. *de revoc. Donat.*, et sujette à la révocation par la survenance d'un enfant au donateur ?—On pouvait dire pour l'affirmative que celui qui n'a que *de petits-enfants*, est vraiment *filios non habens,* puisque ordinairement, *filiorum appellatione nepotes non continentur.* Il faut néanmoins décider au contraire; car, quoique le terme de *fils* ne comprenne pas ordinairement le *petits-fils*, néanmoins il le comprend quelquefois, ainsi que nous l'apprend

---

[1] *V.* art. 960, *in principio. V.* ci-dessus, p. 399, note 2.

une loi du titre *de Verb. sig.*, dont voici les termes : *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*, L. 84, ff. *de Verb. signif.*; et cette interprétation doit avoir lieu dans les lois où ce qui est décidé à l'égard du *fils*, reçoit une égale application *au petit-fils;* ce qui se trouve dans la loi 8 déjà citée : car, de même qu'un donateur, qui a préféré son donataire aux enfants qu'il avait déjà, est censé les avoir préférés à ceux qui lui surviendraient, qui ne doivent pas être pour lui plus chers que ceux qu'il avait déjà, de même celui qui a préféré le donataire à son petit-fils, est censé l'avoir préféré à son propre fils qui lui surviendrait; car l'amour allant toujours en descendant, un grand-père n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils, dans lequel il se voit revivre, que pour ses propres enfants. Au reste, la question ne souffre plus de difficulté, et est nettement décidée par l'ordonnance qui dit : *enfant* ou *descendants.*

159. C'était une question avant l'ordonnance, si la donation faite par une personne qui n'avait pas à la vérité d'enfants, lors de la donation, mais qui avait une espérance prochaine d'en avoir par la grossesse de sa femme, dont il avait connaissance, était sujette à la révocation par survenance d'enfants? — Avant l'ordonnance, j'aurais pensé qu'elle n'y est pas sujette. La raison de la loi ne paraît pas se rencontrer dans cette espèce. On ne peut pas dire que ce donateur ne donne que parce qu'il compte ne pas avoir d'enfants, et qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyait en avoir ; car la connaissance qu'il avait de la grossesse de sa femme, ne permet pas qu'on puisse dire qu'il ne comptait pas avoir d'enfants. Ajoutez que même, suivant les lois, un homme n'est pas censé absolument sans enfants, lorsque sa femme est grosse, suivant cette règle : *Si quis uxorem prægnantem relinquat; non videtur sinè liberis decessisse.*

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance décide le contraire, art. 40, qui porte *que la révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur fût conçu au temps de la donation.* La raison en est que celui dont l'enfant n'est pas encore né, n'a pas encore senti la tendresse que la nature inspire aux pères pour leurs enfants; c'est pourquoi la loi présume, qu'en préférant alors dans ses biens un étranger à ses enfants, il paraît ne pas savoir ce qu'il fait, et il ne l'aurait pas fait si son fils eût été né, et qu'il eût éprouvé ces sentiments de tendresse que les pères ont pour leurs enfants; c'est pourquoi la loi juge à propos de subvenir en ce cas à son erreur, et de lui accorder le droit de révoquer sa donation. La loi permet à la vérité aux pères de préférer, dans une partie de leurs biens, des étrangers à leurs enfants, quoique ces biens soient, par le vœu de la nature, destinés à leurs enfants, parce qu'il peut y avoir quelquefois de bonnes raisons pour cela ; mais elle ne veut pas qu'ils accordent aux étrangers cette préférence inconsidérément, et elle répute cette préférence suspecte d'inconsidération, et faite sans assez de connaissance de cause, lorsqu'un père donne à des étrangers avant que d'avoir senti ce que c'est que d'être père[1].

Ce que nous avons décidé pour la donation faite par le père dont la femme était grosse, a pareillement lieu pour celle faite par la femme durant sa grossesse.

160. Observez que, lorsque la loi dit : *filios non habens;* et l'ordonnance : *personnes qui n'avoient pas d'enfants;* la loi et l'ordonnance n'entendent parler que des enfants légitimes; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfants, et appelés aux biens de leurs pères. C'est pourquoi la donation n'en

---

[1] *V.* art. 961, C. civ., même solution que l'ordonnance.

Art. 961 : « Cette révocation aura « lieu, encore que l'enfant du dona- « teur ou de la donatrice fût conçu au « temps de la donation. »

sera pas moins sujette à la révocation par survenance d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards lors de la donation.

161. Quelquefois même l'existence d'un enfant, au temps même de la donation, n'empêche pas qu'elle ne soit sujette à la révocation par survenance d'enfants.

Cela a lieu : 1° Si l'enfant qui existait lors de la donation, était absent de longue absence, et qu'on le crût perdu ; car, par rapport aux motifs sur lesquels la loi est fondée, il est égal de n'avoir point d'enfants, ou d'en avoir sans le savoir. Il faut, en ce cas, que l'enfant prouve l'erreur du donateur ;

2° On pourrait peut-être soutenir qu'il en serait de même, si l'enfant, qui existait lors de la donation, s'était rendu indigne de l'amitié de son père par quelques-unes des causes qui méritent l'exhérédation ; car c'est égal de n'avoir pas d'enfants, ou d'en avoir dont la conduite nous ait fait perdre envers eux les sentiments que la nature inspire.

Cela peut néanmoins souffrir quelque difficulté [1].

Ricard ajoute un troisième cas ; savoir, lorsqu'un homme d'une maison illustre, au temps de la donation, n'avait que des filles, et qu'il a fait une donation à l'un de ses parents de même nom, de mêmes armes, « je pense (dit-il) que la donation est révocable par la survenance d'un enfant mâle au donateur, y ayant lieu de présumer dans cette espèce que le donateur n'a fait cette donation que dans la vue de soutenir le lustre de sa maison, parce qu'il comptait qu'il n'aurait pas d'enfants mâles qui pussent le soutenir, et qu'il était dans la disposition de ne pas donner, s'il eût cru en avoir (3e part., ch. 5, sect. 4, n° 598). » Ce sentiment de Ricard paraît assez conforme à l'esprit de la loi [2].

§ III. *Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation?*

162. La donation faite par une personne qui n'avait pas alors d'enfants, est révoquée par quelque manière que ce soit qu'il en survienne au donateur.

Elle est donc révoquée, non-seulement s'il naît un enfant à ce donateur, mais encore si, depuis la donation, l'enfant, que l'on croyait perdu lors de la donation, revient, ou que l'on reçoive de ses nouvelles.

En est-il de même, si un enfant jésuite est congédié de la société avant trente-trois ans? Ce dernier cas souffre difficulté; car le donateur pouvait prévoir que son fils pourrait être congédié [3].

Pareillement, si un bâtard, que le donateur avait lors de la donation, devient légitime, depuis la donation, par le mariage que le donateur contracte avec sa mère, c'est une espèce de survenance d'enfant qui donne lieu à la révocation de la donation; Ordonnance, art. 39. On avait néanmoins jugé le contraire avant l'ordonnance. Il y en a un arrêt dans Soefve (du 14 mai 1649, t. 1, centurie 3, ch. 14). Toute autre sorte de légitimation n'a pas cet effet [4]. *Ibid.*

163. La survenance d'un petit-enfant ferait-elle révoquer la donation ?—La raison de douter, c'est que l'ordonnance ne parle que de la survenance d'*un enfant*, et que ce terme ne comprend pas toujours les *petits-enfants*. La raison de décider est que si le terme d'*enfants* ne comprend pas toujours les

---

[1] Il nous paraît qu'il faut, sans hésiter, rejeter cette opinion, qui est évidemment en dehors des termes de la loi. La décision donnée pour le cas d'absence de l'enfant nous paraît fort douteuse; il faudrait du moins qu'il fût clairement prouvé que le donateur croyait son enfant prédécédé, ayant de justes motifs de cette opinion.

[2] Cette décision ne serait ni dans la lettre, ni dans l'esprit de nos lois nouvelles.

[3] Ce cas ne peut plus se présenter.

[4] L'art. 960, C. civ. V. ci-dessus, p. 399, note 2, exige que l'enfant légitimé soit né depuis la donation.

petits-enfants, il les comprend, lorsqu'il y a entière parité de raison de décider à l'égard des petits-enfants, ce qui l'est pour les enfants. Or, c'est ce qui se trouve ici; car la loi est fondée sur l'affection qu'on a pour ses enfants; et celle que nous avons pour nos petits-enfants, étant la même, et souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfants, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, parce que l'amour va en descendant, il s'ensuit que la survenance des petits-enfants doit également donner lieu à la révocation de la donation, comme celle des propres enfants, et que l'ordonnance a compris les uns et les autres sous le terme d'enfants [1].

164. On avait demandé avant l'ordonnance, si la naissance d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant né après la mort du donateur, pouvait donner lieu à la révocation de la donation?—La raison de douter était que le donateur ne pouvait pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa donation. L'ordonnance a décidé pour l'affirmative. La raison de décider est que, dans les contrats, les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat, d'où il suit que, quoique la condition *de la survenance d'enfants*, sous laquelle le donateur s'était tacitement réservé le droit de rentrer dans les choses données, n'ait existé qu'après la mort, néanmoins, au moyen de l'effet rétroactif qu'on lui donne, le droit est censé lui en avoir été acquis dès le temps du contrat [2].

§ IV. *Comment se révoquent les donations par la survenance des enfants? et de l'effet de cette révocation.*

165. L'ordonnance, art. 39, dit que les donations demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'enfants.

D'où il suit que, dès le temps et instant de la survenance d'un enfant, le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données; et en conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert et formé de les répéter [3].

166. Ce droit n'est pas l'action de revendication; au moins ce n'est pas celle qu'on appelle *directe et proprement dite*. Quoique le donataire n'ait plus aucun titre pour retenir les choses données, il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire, jusqu'à ce qu'il les ait restituées au donateur; car la propriété, qui lui en a été transférée par la tradition, ne peut retourner au

[1] On pourrait se demander comment il est possible qu'il naisse un petit-enfant à celui qui n'a point d'enfants. Pour cela il faut supposer que la donation a été faite après le décès de l'enfant marié qui laisse sa femme enceinte : la donation a été faite à une époque où le donateur n'avait plus d'enfant, mais il avait un petit-enfant seulement conçu; la naissance de ce petit-enfant révoquera la donation faite par son aïeul.

[2] L'article 960 dit pareillement : « *même d'un posthume.* » *V.* ci-dessus, p. 399, note 2.

[3] L'art. 960, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 399, note 2, décide également que la donation demeurera *révoquée de plein droit.* Que signifient ces expressions? On peut dire, avec Pothier, que le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données, etc.; mais nous pensons qu'elles veulent dire aussi que quiconque aurait intérêt, pourrait se prévaloir de la révocation opérée par la survenance d'enfants : par exemple un tiers possesseur annal et contre qui le donataire agirait en revendication. Au surplus ce que Pothier ajoute « que le donateur n'a point la revendication, que la propriété qui a été transférée au donataire, par la tradition, ne peut retourner au donateur que par la même voie », n'est pas très péremptoire, surtout aujourd'hui que la mutation de propriété s'opère sans tradition, et nous ne voyons pas pourquoi le donateur ne pourrait pas revendiquer.

donateur, que par la même voie d'une tradition que le donataire est tenu de lui en faire.

Cette action est donc plutôt l'action personnelle, qui est appelée en droit, *condictio sinè causâ,* par laquelle nous répétons les choses que quelqu'un a acquises de nous, lorsque la cause, pour laquelle il l'avait acquise, a cessé, et est détruite. *V.* sur cette action, le titre *de Condictione sinè causâ*, dans nos Pandectes.

On pourrait peut-être aussi dire que le donateur a, en ce cas, l'action *utilis in rem,* parce que le titre de donation, par laquelle il a aliéné la chose, étant détruit, il est regardé comme ne l'ayant pas aliénée, et comme en étant, en quelque façon, propriétaire, non pas à la vérité *subtilitate juris,* mais *affectu,* eu égard au droit qu'il a d'y rentrer.

167. Quelle que soit l'action que le donateur a pour recouvrer, en ce cas, les choses données, cette action a lieu non-seulement contre le donataire, mais contre les tiers qui l'auraient acquise du donataire. Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle *personnelles, in rem scriptæ,* qui suivent le possesseur; quoique le demandeur *non intendat rem suam esse;* en quoi elles diffèrent de l'action réelle : *Sed sibi dari, seu restitui oportere.*

La raison en est, que la condition de révocation, en cas de survenance d'enfants, était inhérente au titre de donation, et affectait la chose même donnée, de manière que le donataire ne la possédait, et n'en était propriétaire qu'à cette condition, *cum hâc causâ;* et comme, en l'aliénant, il n'a pas pu transférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires et possesseurs, qu'à la condition et à la charge de l'action révocatoire, en cas de survenance d'enfants[1].

168. L'effet de cette action, lorsqu'elle est donnée contre le donataire, est qu'il est tenu de rendre la chose au donateur, avec les fruits, du jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée, quoique la demande en révocation n'ait été donnée que depuis ladite notification. Ord., art. 41.

La raison en est, que le titre de donation ayant été détruit de plein droit par la survenance d'enfants[2], dès ce temps le donataire s'est trouvé sans titre pour retenir la chose, et, par conséquent, sans titre pour en percevoir les fruits. Ajoutez que c'est une règle commune à toutes les actions par lesquelles nous demandons la restitution d'une chose qui nous a appartenu; que les fruits doivent nous être rendus, ainsi que nous l'avons vu au titre *de Usuris*,

---

[1] *V.* art. 966, C. civ.

Art. 966 : « Le donataire, ses héri- « tiers ou ayants cause, ou autres dé- « tenteurs des choses données, ne « pourront opposer la prescription pour « faire valoir la donation révoquée par « la survenance d'enfant, qu'après une « possession de trente années, qui ne « pourront commencer à courir que du « jour de la naissance du dernier en- « fant du donateur, même posthume; « et ce, sans préjudice des interrup- « tions, telles que de droit. »

[2] *V.* art. 962, C. civ.

Art. 962 : « La donation demeurera « pareillement révoquée, lors même « que le donataire serait entré en pos- « session des biens donnés, et qu'il y « aurait été laissé par le donateur de- « puis la survenance de l'enfant; sans « néanmoins que le donataire soit te- « nu de restituer les fruits par lui per- « çus, de quelque nature qu'ils soient, « si ce n'est du jour que la naissance « de l'enfant ou sa légitimation par « mariage subséquent lui aura été no- « tifiée par exploit ou autre acte en « bonne forme; et ce, quand même « la demande pour rentrer dans les « biens donnés n'aurait été formée que « postérieurement à cette notifica- « tion. »

suivant la loi 38, § 1er, *et seq.*, ff. *de Usur.*, et la loi 173, § 1er, ff. *de Regulis juris.* (Pandectes.)

169. Ils ne doivent pourtant point être restitués précisément du jour de la survenance d'enfants, mais seulement du jour qu'elle a été notifiée au donataire; car, quoique, dès le temps de la survenance d'enfants, il soit sans titre pour retenir la chose donnée, néanmoins la bonne foi dans laquelle il est, tant qu'il ignore cette survenance, lui tient lieu de titre, et lui donne également le droit de percevoir les fruits, comme si son titre subsistait encore; *in omnibus juris partibus, justa opinio æquipollet titulo.* Il ne peut être tenu de rendre la chose que du jour qu'il sait que la survenance d'enfants a détruit le titre, en vertu duquel elle était à lui.

Observez qu'il n'est censé avoir eu la connaissance de la survenance d'enfants, que du jour qu'elle lui a été notifiée par un exploit, ou autre acte en bonne forme; et c'est pour cela que l'ordonnance, art. 41, ne l'oblige à la restitution des fruits que de ce jour.

Le donateur ayant cette voie juridique d'assurer la connaissance du donataire de la survenance d'enfants, doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas par conséquent recevable à prouver par d'autres voies que le donataire a eu cette connaissance.

170. Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur, à qui le donateur a vendu la chose, sans lui donner par l'acte connaissance de la donation, il ne suffit pas en ce cas, pour qu'il soit tenu à la restitution des fruits, que la survenance d'enfants lui soit notifiée, il faut, outre cela, que le donateur, qui veut rentrer dans les choses données, lui donne copie de la donation.

171. Lorsque le donateur, en vertu de l'action révocatoire pour cause de survenance d'enfants, rentre dans les héritages par lui donnés, il les reprend sans aucune charge d'hypothèque, servitude et autres charges réelles, que le donataire et ses successeurs pourraient y avoir imposées; art. 42. La raison en est, que le donataire et ses successeurs n'ont pas pu accorder à ceux à qui ils ont accordé ces sortes de droits, un droit plus fort que celui qu'ils avaient eux-mêmes : *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet.* Par conséquent, le droit de propriété qu'avaient le donataire et ses successeurs, n'étant pas un droit de propriété entièrement irrévocable, mais un droit sujet à se résoudre par la survenance d'enfants, les droits de servitude, d'hypothèque et autres qu'ils ont pu accorder, doivent être pareillement résolubles par le même cas de survenance d'enfants, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Cette décision ne souffre aucune exception; quelque favorable que soient les causes de la dot ou du douaire d'une femme, la femme du donataire ne conserve aucune hypothèque subsidiaire sur les biens donnés à son mari, le cas advenant de la survenance d'enfants; et cela a lieu, quand même cette donation aurait fait partie de son contrat de mariage. Art. 42.

172. L'ordonnance a été encore plus loin : elle ajoute, audit article, que

---

[1] *V.* art. 963, C. civ., qui consacre cette décision.

Art. 963 : « Les biens compris dans « la donation révoquée de plein droit, « rentreront dans le patrimoine du do- « nateur, libres de toutes charges et « hypothèques du chef du donataire, « sans qu'ils puissent demeurer affec- « tés, même subsidiairement, à la res- « titution de la dot de la femme de ce « donataire, de ses reprises ou autres « conventions matrimoniales; ce qui « aura lieu quand même la donation « aurait été faite en faveur du mariage « du donataire et insérée dans le con- « trat, et que le donateur se serait obli « gé comme caution, par la donation « à l'exécution du contrat de mariage.»

sa disposition aura lieu, quand même le donateur se serait, par la donation, obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage. La raison en est, que l'obligation du donateur est elle-même une donation qui doit se révoquer par la survenance d'*enfants*[1]; et que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservait quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce serait de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer sa donation; ce qui n'est pas permis, suivant l'art. 44.

§ V. *Quelles fins de non-recevoir peut-on, ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants?*

173. On peut opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions.

Le temps de cette prescription ne peut courir que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant; car ce n'est que de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert; et la prescription ne peut pas courir contre un droit, avant qu'il existe, et soit ouvert. S'il était né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer serait-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier?—Il semblerait que ce devrait être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et par conséquent le droit de la prescription a commencé à courir. L'ordonnance, néanmoins, art. 45, décide que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est, que chaque enfant qui survient au donateur, lui donne un nouveau droit de révoquer la donation; c'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant, est prescrit par le laps des trente années écoulées depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier[1].

174. On fera peut-être cette objection. Le donateur ayant acquis, par la naissance du premier enfant, le droit de révoquer la donation, la naissance des autres ne peut plus lui rien faire acquérir; car ce que j'ai une fois acquis, et qui est à moi, ne peut plus le devenir davantage: *Quod meum est, ampliùs fieri meum non potest.*

Je réponds que cette maxime est ici mal appliquée, et qu'il faut distinguer entre le droit de propriété et le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose, je ne peux plus le devenir davantage, en vertu de quelque autre cause que ce soit. C'est en ce sens que l'on dit: *Quod meum est, meum ampliùs fieri non potest;* mais, lorsque je suis créancier d'une chose, rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose, *ex aliâ causâ.*

175. Suivant ces principes, quoique le donateur fût déjà devenu, par la survenance de ce premier enfant, créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il ne puisse devenir de nouveau créancier de la restitution des mêmes choses, par la survenance du dernier, et que la créance qu'il avait par la naissance du premier, étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester.

176. Ce que nous disons, « que le droit de révoquer pour cause de surve-

---

[1] Le cautionnement, quoique contrat de bienfaisance entre le débiteur et la caution, n'est cependant point révocable par survenance d'enfants à la caution; aussi nous pensons que le cautionnement du donateur subsistera, mais s'il est obligé de payer, ce ne sera qu'en qualité de caution et par conséquent il pourra exercer un recours contre le débiteur principal.

[1] Art. 966, C. civ. V. ci-dessus, p. 408, note 1.

nance d'enfants ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance,» alieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données (Ordonnance de 1731, art. 45); car la raison, «qu'on ne peut prescrire contre un droit, avant qu'il soit ouvert,» milite également à l'égard du tiers détenteur, comme à l'égard du donataire lui-même.

177. C'était une question avant l'ordonnance, si le donateur était recevable à demander la révocation de la donation après la mort de l'enfant, dont la naissance avait donné lieu au droit de la révoquer. — Ricard (3e part., ch. 5, sect. 6) pensait qu'il n'y était pas recevable; et il rapporte des arrêts qui l'avaient jugé. On dit pour ce sentiment que l'existence de cet enfant étant la cause qui a donné lieu au droit de révoquer la donation, cette cause venant à cesser par la mort de cet enfant, le droit de révoquer la donation qui en était l'effet, devait aussi cesser : *Cessante causâ, cessat effectus.*

L'ordonnance, art. 43, a décidé au contraire qu'il y était recevable, parce que la donation ayant été une fois détruite, elle ne peut plus revivre. Le droit de rentrer de plein droit dans les choses données, ayant été une fois acquis au donateur, la mort de l'enfant ne peut pas le lui faire perdre [1].

178. Quant à ce qui concerne les raisons alléguées pour le sentiment contraire, la réponse est que ce raisonnement confond la cause avec le moyen. La cause qui a produit le droit de révoquer la donation, est la cause virtuellement et implicitement inhérente au contrat de donation, «que la donation demeurerait révoquée en cas de survenance d'enfants.» La naissance de l'enfant a fait exister la condition dont cette clause dépendait ; mais c'est proprement la clause inhérente au contrat de donation qui a produit l'effet de la révocation de la donation. La naissance de l'enfant n'est que la condition de cette clause, et le moyen par lequel cette clause a produit son effet; et la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, et y ayant eu, en conséquence, ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

179. C'était aussi une question avant l'ordonnance, si le donateur était recevable dans la demande en révocation de la donation, lorsque, depuis la survenance d'enfants, il l'avait approuvée, soit expressément, soit tacitement : *verbi gratiâ*, en permettant, depuis la survenance d'enfants, au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'ordonnance, art. 43, déclare de nul effet ces confirmations, soit expresses, soit tacites. La raison est que la donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfants, elle n'existe plus; or ce qui n'est plus, ne peut pas être confirmé ; c'est pourquoi elle ordonne que le donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire, que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

ART. III. — De la révocation des donations, pour cause d'ingratitude.

180. La loi dernière, Cod. *de Revocandis Donationibus,* décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation, en cas d'ingratitude ; ce cas ne peut pas être supposé; car, lorsque quelqu'un

[1] V. art. 964, C. civ.

Art. 964 : « Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir « de nouveau leur effet, ni par la mort « de l'enfant du donateur, ni par au« cun acte confirmatif; et si le dona« teur veut donner les mêmes biens au « même donataire, soit avant ou après « la mort de l'enfant par la naissance « duquel la donation avait été révo« quée, il ne le pourra faire que par « une nouvelle disposition. »

donne à son ami, il ne peut pas même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des donations, de dire « que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice, commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'*ingratitude*, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière ; et il n'y en a pas de plus naturelle, que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé [1]. »

§ Ier. *Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation?*

181. La loi dernière, au Code *de Revocandis donat.* que nous avons déjà citée, rapporte cinq causes d'ingratitude.

La première est, *si injurias atroces effundat* [2]. Il suit de ce mot, *atroces*, que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur, ne donnent pas lieu à la révocation ; il n'y a que celles qui sont *atroces*.

Pour qu'une injure soit *atroce*, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telle que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne, peut être une injure atroce à l'égard d'un ecclésiastique, d'un magistrat, d'une personne du sexe, et ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits circonstanciés. Ainsi il ne suffirait pas que le donataire dît en général *que le donateur est un fripon, un libertin*, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés et circonstanciés de friponnerie et de libertinage. La raison en est, que les injures vagues font fort peu d'impression, et ne font, tout au plus, que jeter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

182. On demande s'il y a lieu à la révocation de la donation, non-seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies? — Ricard dit qu'oui (3e part., ch. 6, sect. 2, n° 693): J'y trouve de la difficulté; car, quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, et que ce soit pécher contre la charité que de révéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, et que cette médisance acquiert un nouveau degré de malice, lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnaissance ; néanmoins le coupable ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance, ne me paraît pas recevable à s'en plaindre ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la loi 18, ff. *de Injur.* ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais, *qui nocentem infamavit; non est bonum et æquum ob eam rem condemnari.* Par

---

[1] Cette manière d'envisager la révocation de la donation pour cause d'ingratitude, explique pourquoi les tiers qui auront contracté avec le donataire n'en seront pas atteints : c'est plutôt une peine qu'une révocation; or, les peines ne doivent atteindre que les coupables; elles ne peuvent frapper les tiers de bonne foi.

[2] *V.* art. 955, C. civ.

Art. 955 : « La donation entre-vifs « ne pourra être révoquée pour cause « d'ingratitude que dans les cas sui- « vants : — 1° si le donataire a attenté « à la vie du donateur ; — 2° s'il s'est « rendu coupable envers lui de sévices, « délits ou injures graves ; — 3° s'il lui « refuse des aliments. »

la même raison, la loi 14, *de Bon. libert. fin.* dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui était vrai. Au reste, la question ne reçoit guère d'application dans la pratique; car, quelque vrais que puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, et le donataire ne serait pas recevable à en demander la preuve; c'est pourquoi il y aurait toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat* dont se sert la loi, que, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux personnes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués et rendus publics.

183. La seconde cause est, *si manus impias inferat,* comme si le donataire avait donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non-seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre : *nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

184. La troisième cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat.* Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il avait semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui était un marchand, et par là ruiné sa fortune; s'il l'avait fait révoquer d'un emploi dont il subsistait.

185. Serait-ce une cause suffisante pour révoquer la donation, s'il lui avait fait manquer un mariage avantageux?—Il semble que non, car la loi parle du cas où le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens; mais en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

186. La quatrième cause, *si vitæ periculum aliquod ei intulerit* : comme s'il lui avait préparé du poison; s'il avait été l'attendre pour le tuer.

187. La cinquième cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sinè scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit minimè implere voluerit.* Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit, n'est pas reçu parmi nous; car l'ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur alléguerait en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposerait n'avoir été faites que verbalement lors de la donation, et n'avoir pas été insérées dans l'acte de donation. Le donataire en serait quitte pour les nier, et le donateur, suivant la disposition de l'ordonnance, ne serait pas recevable à les justifier [1].

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter, opère la résolution de la donation; mais un simple refus ne suffit pas pour cela : il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, et qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute par le donataire, d'avoir satisfait, il sera déchu de la donation, et, en conséquence, condamné à la restitution des choses données [2].

---

[1] *V.* art. 1341, C. civ.

Art. 1341 : « Il doit être passé acte « devant notaires ou sous signature « privée, de toutes choses excédant la « somme ou valeur de cent cinquante « francs, même pour dépôts volon- « taires; et il n'est reçu aucune preuve « par témoins contre et outre le con- « tenu aux actes, ni sur ce qui serait « allégué avoir été dit avant, lors ou « depuis les actes, encore qu'il s'agisse « d'une somme ou valeur moindre de « cent cinquante francs.—Le tout sans « préjudice de ce qui est prescrit dans « les lois relatives au commerce. »

[2] Notre Code a distingué, avec raison, la révocation pour non exécution des conditions ou charges imposées au

188. Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation, qu'il peut y en avoir d'autres, qui sont laissées à l'arbitrage du juge, lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitude que celles énoncées en la loi [1].

189. C'est aussi un sentiment assez suivi, que, lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation, dont il est parlé dans le Code Justinien, sont autant de causes à son égard, pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère.

190. C'est aussi une opinion fort plausible, que celle de ceux qui pensent que, si le donateur était tombé dans une extrême indigence, qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre, et de pouvoir en gagner, le refus d'aliments, que lui ferait le donataire d'une portion considérable de ses biens, devrait être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable pour le faire déchoir de sa donation. C'est un devoir naturel du donataire de donner des aliments à son bienfaiteur dans le cas de nécessité, lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir, que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments [2].

191. Si les lois n'ont pas permis au donataire de manquer à ce devoir naturel, avant que la donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition : l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible, que d'admettre le donateur d'une universalité des biens, ou d'une portion considérable, à demander des aliments au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.

§ II. *Par qui, et envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation?*

192. Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense. Celle faite par le tuteur, par le père et gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu. Lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

193. Le mari et le titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données? Je ne le pense pas; car, ni le mari, ni le titulaire ne sont donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, et non, en aucune manière, par la peine de la révocation de la donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre *Traité des Fiefs*, « que l'offense commise par un mari, ou par un titulaire d'un bénéfice, envers le seigneur du fief, était punie par la privation du droit de jouir de ce fief, qu'avait, soit le mari, soit le titulaire.» La raison de différence est que le mari est vassal pour les propres de sa femme; le titulaire d'un bénéfice est vassal pour

---

donataire, de la révocation pour ingratitude, les effets ne sont point identiques, et le droit d'agir est moins limité dans un cas que dans l'autre.

[1] L'art 955 est limitatif. *V.* ci-dessus, p. 412, note 2.

[2] Ce cas est prévu par l'art. 955, C. civ. *V.* ci-dessus p. 412, note 2.

les fiefs de son église, et par conséquent ils sont sujets aux peines des vassaux ; mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le titulaire donataire des biens donnés à son église ; et par conséquent ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la donation, quand même il serait mineur ; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat ;* et ailleurs : *Ætati et imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur* [1].

194. Pour qu'il y ait lieu à la révocation des donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfants ou autres héritiers, n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la loi première, *Cod. de Revocand. Donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantùm, qui liberalitatem dederint : cæterùm, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté, lorsque l'offense est commise après la mort du donateur, envers ses enfants ou sa veuve ; car n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut rejaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

195. Mais y aurait-il lieu à la révocation de la donation, si l'injure avait été faite du vivant du donateur, à sa femme ou à ses enfants, puisque telle injure rejaillit sur la personne du donateur, et est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne Inst. *titulo de Injur.*, § 2° : *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam ?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme et à nos enfants, soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne, ne nous est pas si griève que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui, faites à notre propre personne, donneraient lieu à la révocation de nos donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme ou de nos enfants, n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement griéves.

196. L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire, pourrait être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la donation, si, par exemple, un donataire se rendait calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un crime pour lequel on fît le procès à sa mémoire ; ou si, par fanatisme, il le privait de la sépulture [2].

§ III. *Quelles donations sont sujettes à la révocation, pour cause d'ingratitude?*

197. Les donations, quoique faites *en faveur de mariage*, sont sujettes à cette révocation [3].

Les *rémunératoires* et les *onéreuses* y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services ou des charges.

Les *mutuelles*, si nous suivons le sentiment de Ricard (*Du Don mutuel*, ch. 5, sect. 5), n'y sont pas sujettes. On a jugé, par arrêt du 18 décembre 1714, rapporté au 6e tome du *Journal des Audiences* (liv. 4, ch. 56), qu'elles y étaient sujettes. La raison est que, dans les donations mutuelles, on doit pré-

---

[1] *V.* art. 1310, C. civ.

Art. 1310 : « (Le mineur, qu'il ait « été ou non émancipé) n'est point « restituable contre les obligations « résultant de son délit ou quasi- « délit. »

[2] On ne fait plus aujourd'hui le procès à la mémoire d'un défunt.

[3] *V.* art. 959, C. civ.

Art. 959 : « Les donations en faveur « de mariage ne seront pas révocables « pour cause d'ingratitude. »

sumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement, y entre pour quelque chose; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires; c'est pourquoi elles exigent de la gratitude et elles doivent être révocables, lorsque le donataire manque à ce devoir.

198. Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes, lorsqu'elles n'ont pas été faites par principe de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement; autrement elles y sont sujettes.

199. La donation pour le titre clérical n'y est pas sujette, à moins que le donataire ne fût pourvu d'un bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude, contient une espèce de commise des choses données au profit du donateur; or, c'est une maxime, que *qui ne peut s'aliéner, ne peut se commettre;* d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable, tant que le clerc n'est par pourvu d'un bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

Nec obstat ce que nous avons dit ci-dessus, « que le mineur pouvait commettre les choses à lui données, pour cause de son ingratitude.» La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur; de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit, au lieu que le titre clérical est inaliénable, non-seulement en faveur de l'ecclésiastique, mais en faveur de l'Eglise.

Que si l'offense commise par le clerc donataire était telle, qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile, ou de la dégradation, en ce cas la personne n'appartenant plus à l'Eglise, rien n'empêcherait la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

§ IV. *De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude.*

200. L'effet de la révocation pour cause d'ingratitude, est très différent de celui de la révocation pour cause de survenance d'enfants. La clause pour survenance d'enfants, étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessariâ et antiquâ donationi sive contractui inexistenti,* il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble, au cas de la survenance d'enfants, il n'a pu transférer à aucun autre qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition; d'où il suit :

1° Que l'action en révocation, pour cause de survenance d'enfants, a lieu contre les tiers détenteurs;

2° Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypothèques et autres droits réels que le donateur y aurait imposés.

201. Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude, ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ,* et en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit :

1° Que les tiers détenteurs ont acquis un droit absolu, et non sujet à se résoudre par l'ingratitude du donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne et inhérente au contrat, et par conséquent n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne serait pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs : et comme la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que pour punir le donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2° Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitudes, hypothèques et autres droits réels que le do-

nataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la loi 7, Cod. *de Revoc. don.*, qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le donataire, avant la litis-contestation (dans nos mœurs avant la demande), seront valables, et dont voici les termes : *Antè inchoatum cæptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus*[1].

202. A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la donation de ces choses, il arrive qu'elles deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données, que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il, au moins, demander la restitution du prix, dont le donataire se trouverait enrichi au temps de la demande du donateur ?—Dumoulin pense qu'il le peut, que ces termes de la loi 7, Cod. *de Revocand. donat.* que nous avons citée : *Quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue, et comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non-seulement immédiatement et directement, mais même médiatement. Cette interprétation paraît un peu forcée; c'est pourquoi Ricard (3e part., ch. 6, sect. 3, nos 714 et suiv.) pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale, telle qu'est celle-ci, doit être renfermée dans ses termes; or, le sens obvie de ceux-ci, *quidquid donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, et non pas ce que le donataire a acquis du prix de ces choses; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède *donationis titulo*[2].

Il y aurait plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin, à l'égard des choses qui auraient été échangées pour celles données, parce que l'échange produit une subrogation. Néanmoins Ricard pense que la chose reçue en échange, pour la chose donnée, n'est point sujette à la révocation, parce que la loi a voulu seulement que ce qui était le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat; ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée; qu'il en est de cette révocation, comme de la commise pour félonie, qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, et de même qu'il n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

203. Que doit-on dire, si c'est de l'argent qui a été donné ?—Comme l'argent est de nature à être employé aussitôt qu'il est reçu, et à ne pas demeurer en nature, il paraîtrait suivre de nos principes, que les donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourraient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considère pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il possède une augmentation de valeur dans

---

[1] *V.* art. 958, C. civ., 1er alinéa, qui pose le même principe.

Art. 958 : « La révocation pour « cause d'ingratitude ne préjudiciera ni « aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres « charges réelles qu'il aura pu imposer « sur l'objet de la donation, pourvu que « le tout soit antérieur à l'inscription « qui aurait été faite de l'extrait de la « demande en révocation, en marge de « la transcription prescrite par l'art. « 939 (*V.* ci-dessus, p. 385, note 1). « — Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer « la valeur des objets aliénés, eu égard « au temps de la demande, et les fruits, « à compter du jour de cette demande. »

[2] Art. 958, C. civ., 2e alinéa. *V.* la note précédente.

ses biens, causée par la donation qui lui a été faite; et qu'en ce cas, il y a lieu à la répétition de cette somme. — On pourrait dire la même chose de toutes les choses fongibles.

204. Si on a donné un *fonds de boutique*, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses, ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étaient lors de la donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi, elle est révocable jusqu'à concurrence néanmoins de sa valeur, lors de la donation.

205. L'action de révocation pour cause d'ingratitude, étant une action en réparation d'injures, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, et non pas à ses héritiers, et qu'elle ne peut avoir lieu non plus que contre la personne du donataire, et non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la loi 7, Cod. *de Revocand. donat. actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi*[1]

Néanmoins, si la demande a été une fois donnée contre le donataire, et qu'il meure pendant l'instance, elle peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent*[2]. L. 139, ff. *de Reg. juris.*

Par le droit romain, il fallait pour cela qu'il y eût *litis contestatio;* mais selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela, et équipolle à la litis-contestation.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourrait en un cas donner l'action en révocation de donation, pour cause d'ingratitude, savoir si le donateur n'avait pu la donner, et que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur[3].

§ V. *Quelles fins de non-recevoir sont admises contre cette action?*

206. L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions; ainsi l'action d'injures étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an[4].

Néanmoins si l'injure consistait dans un crime dont la poursuite peut se

---

[1] *V.* art. 957, C. civ., 2e alinéa.

Art. 957 : « La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra « être formée dans l'année, à compter « du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le « délit aura pu être connu par le donateur.—Cette révocation ne pourra « être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par « les héritiers du donateur contre le « donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par « le donateur, ou qu'il ne soit décédé « dans l'année du délit. »

[2] L'art. 957, 2e alinéa, ci-dessus cité, ne réserve le droit de suivre l'action que dans le cas du décès du donateur qui avait intenté l'action; alors les héritiers peuvent la continuer contre le donataire : ce qui semble exclure le donateur et ses héritiers du droit de continuer l'instance contre les héritiers du donataire mort après la demande intentée contre lui.

[3] L'art. 957, C. civ., *V.* ci-dessus, note 1, accorde le droit d'intenter l'action aux héritiers du donateur, lorsque celui-ci est décédé dans l'année du délit.

[4] *V.* art. 957, C. civ., 1er alinéa, ci-dessus, note 1.

faire pendant vingt ans, le donateur pourrait, pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la donation [1].

207. C'est aussi par une suite de nos principes, que la demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude, cesse d'avoir lieu, lorsque le donateur a donné des marques de réconciliation, car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, et par conséquent cette action qui en est la suite.

ART. IV. — Du droit de retour.

208. Le *droit de retour* qui a lieu dans les parlements de droit écrit, contient une espèce de résolution des donations.

Ce droit de retour tire son origine du droit romain, suivant lequel la dot *profectice* retournait par la mort de la femme à celui qui l'avait donnée.

209. On appelait *dot profectice* celle que le père de la fille ou quelque ascendant du côté paternel avait fournie de son bien au mari pour la dot de la fille. La dot était *profectice*, soit que la fille fût sous la puissance de son père, soit qu'elle fût émancipée, et ce droit de retour avait lieu par la mort de la fille, même dans le cas où elle aurait laissé des enfants de ce mariage, sauf que le mari avait droit d'en retenir quelque portion. *V.* à ce sujet notre titre *de Jure dot. sect.* 1, et notre titre *soluto matrimonio, num.* 1°, dans nos Pandectes.

Sur ce fondement, les interprètes ont établi le droit de retour qui a lieu à présent dans tous les parlements de droit écrit, et qui serait un droit fort inconnu aux jurisconsultes romains, s'ils revenaient au monde.

210. A l'exemple de la dot profectice qui, par la mort de la fille, retournait au père ou autre ascendant paternel qui l'avait fournie, ils ont décidé que toutes les choses données aux enfants, à quelque titre que ce soit, par les ascendants, non-seulement du côté paternel, mais même par la mère et les ascendants du côté maternel, devaient retourner au donateur par la mort du donataire. Le parlement de Toulouse a même étendu cette jurisprudence à ce qui était donné par de proches parents collatéraux, comme par des oncles.

Quoique le retour de la dot profectice eût lieu, même en cas d'enfants, néanmoins, comme cela n'était pas bien nettement décidé par les textes qui sont dans le corps du droit romain, et que ce n'est que par les fragments d'Ulpien découverts dans le seizième siècle, que nous avons appris, à ne pouvoir douter, que le retour de la dot profectice aurait lieu, même en cas d'enfants; les anciens jurisconsultes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour des choses données, ont décidé que ce droit de retour n'aurait lieu que lorsque le donataire mourrait sans enfants, sauf néanmoins que, si ces enfants du donataire venaient à mourir sans enfants, il y aurait lieu au droit de retour.

211. Enfin, comme le fonds de la dot profectice retournait au père sans aucune charge d'hypothèques, servitudes et autres droits réels que le mari aurait pu y imposer, à cause de la loi *Julia* qui défendait toute aliénation et engagement du fonds dotal : ces interprètes fondateurs de la jurisprudence du droit de retour, ont décidé que les choses données devaient pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour qui est de la pure invention des interprètes, n'a pas été reçu par le parlement de Paris, pour les provinces de son ressort qui sont régies par le droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard (3° part., ch. 7, sect. 4); à plus

---

[1] Le Code ayant limité à une année, sans distinction, la durée de cette action, nous ne pensons pas que cette décision puisse être admise.

forte raison il n'a pas lieu dans les pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendants du donataire succèdent aux choses qu'ils ont données à leurs enfants qui meurent sans enfants [1]. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, et nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

ART. V. — Du retranchement des donations pour la légitime des enfants

212. Les donations entre-vifs sont sujettes au retranchement, lorsqu'à la mort de celui qui les a faites, il ne se trouve pas, dans les biens qu'il laisse, de quoi fournir la légitime de ses enfants [2].

La *légitime* est une portion de la part qu'aurait eue un enfant dans les biens de ses père, mère, ou autres ascendants, s'ils n'en avaient pas disposé par des donations, soit entre-vifs, soit testamentaires.

Cette portion, suivant le droit du Digeste, était le quart; suivant le droit des Novelles, c'est le tiers, quand le nombre des enfants ne passe pas quatre, et la moitié lorsque le nombre passe quatre.

Les coutumes de Paris et d'Orléans règlent cette portion à la moitié [3].

213. C'est une question qui n'est pas bien décidée, si dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, elle doit être réglée suivant la Novelle, ou suivant la coutume de Paris. J'aimerais à croire qu'on doit plutôt, dans cette espèce, suivre la coutume de Paris, qui, contenant les usages de la capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres coutumes, que les lois romaines qui ne sont qu'adoptives.

C'est la loi du domicile du défunt, qui règle la légitime sur toutes les espèces de biens qui n'ont aucune situation, tels que les meubles, les rentes, etc. Celles sur les héritages et droits réels se règlent par la loi du lieu où ils sont situés.

§ I. *Quels enfants peuvent demander la légitime.*

214. Il résulte de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfants qui sont habiles à succéder, et qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime [4].

Par la même raison, la fille dotée, qui, par son contrat de mariage, a renoncé à la succession de son père, ou qui, par la disposition particulière des coutumes où sont les biens de son père, en est de droit exclue, en conséquence de la dot qu'elle a reçue, ne peut demander sa légitime.

---

[1] *V.* art. 747, C. civ.

Art. 747 : « Les ascendants succè- « dent, à l'exclusion de tous autres, aux « choses par eux données à leurs en- « fants ou descendants décédés sans « postérité, lorsque les objets donnés « se retrouvent en nature dans la suc- « cession. — Si les objets ont été alié- « nés, les ascendants recueillent le « prix qui peut en être dû. Ils succè- « dent aussi à l'action en reprise que « pouvait avoir le donataire. »

[2] *V.* art. 920, C. civ.

Art. 920 : « Les dispositions soit en- « tre-vifs, soit à cause de mort, qui ex- « céderont la quotité disponible, seront « réductibles à cette quotité lors de « l'ouverture de la succession. »

[3] *V.* art. 913, C. civ.

Art. 913 : « Les libéralités, soit par « acte entre-vifs, soit par testament, ne « pourront excéder la moitié des biens « du disposant, s'il ne laisse à son dé- « cès qu'un enfant légitime; le tiers, « s'il laisse deux enfants; le quart, s'il « en laisse trois ou un plus grand nom- « bre. »

[4] La réserve nous paraît due aux enfants héritiers et en qualité d'héritiers.

215. Si le père avait des biens situés en différentes coutumes, la fille dotée, exclue de la succession des biens qui sont situés dans une coutume qui a cette disposition, étant habile à succéder à ceux qui sont situés en d'autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, serait par conséquent recevable à demander sa légitime sur lesdits biens, si son père en avait disposé au préjudice de sa légitime.

De là naît une question : Si en ce cas elle devrait précompter sur la légitime qu'elle demande, la dot qu'elle a recue ?—Je pense qu'elle doit être censée avoir reçu cette dot en avancement du droit qu'elle avait de succéder à tous les biens de son père, quelque part qu'ils fussent. Par conséquent, elle précomptera sur sa légitime une portion de sa dot, en raison égale de ce que les biens, dont elle n'est pas exclue, sont au total des biens du défunt.

Finge, le père de cette fille avait les deux tiers de son bien dans une coutume qui exclut les filles dotées de la succession, et l'autre tiers dans une coutume qui n'a pas une pareille disposition. Sa fille sera censée avoir les deux tiers de sa dot, pour lui tenir lieu de son droit de succéder, dans la coutume où elle est exclue, et l'autre tiers, en avancement de succession des autres biens; et par conséquent elle ne précomptera que le tiers sur la légitime qu'elle demande dans les autres biens [1].

216. Au reste, la fille n'est exclue du droit de succéder, ni par conséquent du droit de demander sa légitime, que lorsqu'elle a reçu la dot qui lui a été constituée. C'est pourquoi Lebrun décide fort bien contre le sentiment de Papon, que si un père avait promis seulement une dot exigible après sa mort, la fille ne serait pas exclue de la succession, ni en vertu des coutumes, ni en vertu de la renonciation qu'elle aurait faite; car, ce n'est que la fille dotée qui est exclue, et elle ne l'est pas lorsqu'elle n'a rien reçu [2].

217. Il y a plus de difficulté, si la dot était exigible, et que le gendre, lors de la mort de son beau-père, ne s'en fût pas fait payer, parce que n'ayant tenu qu'à lui de s'en faire payer, et les intérêts en ayant couru, la fille doit passer pour dotée. Néanmoins, même en ce cas, Lebrun pense que la fille n'est exclue, ni de la succession, ni par conséquent de la légitime.

Ricard (3e part., ch. 8, sect. 5, n° 985) pense que l'enfant ne peut demander sa légitime, qu'il n'ait accepté la succession au moins sous bénéfice d'inventaire ; car la légitime étant *legitima pars hæreditatis,* comme le définissent les lois, la demande en légitime est une espèce de pétition d'hérédité qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier. Plusieurs pensent au contraire qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier pour demander sa légitime ; mais tous conviennent que, s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. C'est pourquoi, si un enfant demandait sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'aurait lui-même dans ce qui lui aurait été donné, que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné ; et en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu'il renverra contre les donataires précédents [3].

---

[1] L'uniformité de législation a fait disparaître ces questions.

[2] *V.* art. 791, C. civ.

Art. 791 : « On ne peut, même par « contrat de mariage, renoncer à la « succession d'un homme vivant, ni « aliéner les droits éventuels qu'on « peut avoir à cette succession. »

[3] Il nous est impossible de comprendre pourquoi l'enfant qui a renoncé, qui par là est étranger à la succession, peut retenir une portion quelconque de la réserve : il nous semble qu'il doit être traité comme un étranger qui n'aurait droit qu'à la quotité disponible.

Il reste à observer que la demande en légitime passe aux héritiers des enfants à qui elle appartient, quand même ils ne l'auraient pas formée de leur vivant. Leurs créanciers sont aussi admis à la former [1].

§ II. *Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime.*

218. Les donations faites avant que le légitimaire fût au monde, sont-elles sujettes au retranchement de la légitime?—La raison de douter est, que l'obligation naturelle que contracte le père envers ses enfants, et dans laquelle consiste le droit de légitime, ne peut pas être censée contractée avant que l'enfant fût au monde, parce que toute obligation suppose une personne existante envers qui le débiteur s'oblige.

On ne peut donc pas dire que la donation faite avant la naissance de l'enfant, soit faite au préjudice et en fraude de la légitime, puisque la légitime n'était pas alors due, et que l'obligation naturelle sur laquelle elle est fondée n'était pas alors contractée.

Nonobstant ces raisons, il est certain que les donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant qui demande sa légitime, y sont sujettes. Le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens, non-seulement aux enfants que nous avons déjà, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite; et, de même que les aliénations faites par celui qui aurait été chargé d'un fidéicommis envers ses enfants à naître, ne laisseraient pas de pouvoir être révoquées par ses enfants à naître, comme faites au préjudice du fidéicommis, quoiqu'elles eussent été faites avant la naissance de ces enfants; de même, ces donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant légitimaire, doivent être sujettes au retranchement de la légitime de cet enfant, comme faites au préjudice du droit naturel qui contient comme une espèce de fidéicommis, dont la nature nous charge envers eux.

219. Les *donations*, quoique *faites à l'Eglise, aux hôpitaux*, et quelque favorables qu'en soient les causes, sont sujettes au retranchement de la légitime; car la légitime est une dette : or, on ne peut pas faire de donation, quelque favorable qu'elle soit, au préjudice de ce qu'on doit.

220. Les *dots des filles* sont-elles sujettes au retranchement de la légitime, du vivant du gendre, et pendant que la communauté dure?—La raison de douter est, qu'encore que la dot soit, à l'égard de la fille, une donation que lui fait son père, il semble qu'on ne puisse pas dire la même chose à l'égard du gendre, qui a le droit de jouir de cette dot à titre onéreux; savoir : à la charge de supporter les charges du mariage, *ad sustinenda onera matrimonii;* d'où il semble suivre que les autres enfants ne peuvent, pour raison de leur légitime, donner atteinte au droit qu'a le gendre de jouir de cette dot.

Néanmoins, il est certain que la dot est sujette au retranchement pour la légitime des autres enfants, même du vivant du gendre (Ordonnance de 1731, art. 35); car, ayant dû savoir que la dot, par sa nature de donation faite à sa femme, était sujette à la légitime des autres enfants, il est censé lui-même l'avoir reçue à cette charge; et quoiqu'il l'ait à son égard à titre onéreux, il ne peut néanmoins l'avoir qu'aux mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme.

Il y en a qui, avant l'ordonnance, distinguaient si la dot avait été fournie au gendre en héritages, ou si elle l'avait été en deniers qui ne fussent plus en nature, prétendant, qu'en ce dernier cas, le gendre ne pouvait être sujet à la

---

[1] *V.* art. 921, C. civ.

Art. 921 : « La réduction des dispo- « sitions entre-vifs ne pourra être de- « mandée que par ceux au profit des- « quels la loi fait la réserve, par leurs « héritiers ou ayants cause ; les dona- « taires, les légataires, ni les créan- « ciers du défunt, ne pourront deman- « der cette réduction, ni en profi- « ter. »

demande en retranchement de légitime. L'ordonnance, art. 35, a rejeté cette distinction par les raisons ci-dessus rapportées.

Quid, si, en conséquence de la dot, la fille était exclue de la succession de son père, soit par sa renonciation, faite par le contrat, soit par la loi du pays? —Il y en a qui, avant l'ordonnance, pensaient, qu'en ce cas, cette dot n'était pas sujette à la légitime des autres enfants, parce que cette fille étant exclue de pouvoir jamais profiter de la succession de son père, et de sa bonne fortune, elle devait en récompense ne pas souffrir de sa mauvaise fortune. Ce sentiment a été rejeté par l'ordonnance, art. 35, qui porte que même, en ce cas, la dot sera sujette à la légitime.

221. La dot fournie pour la profession religieuse d'une fille est-elle sujette au retranchement de la légitime des autres enfants?—Je ne le pense pas; car ce n'est pas une donation qui est faite à la fille, qui, par sa profession religieuse, devient incapable d'acquérir; ce n'est pas non plus une donation qui soit faite au couvent, qui reçoit la somme, étant donnée à titre onéreux, et pour le prix des aliments que le couvent se charge de fournir à cette fille [1].

222. Les *donations mutuelles* sont-elles sujettes au retranchement de la légitime?—Je le pense; il ne doit pas plus être permis de dépouiller ses enfants par des donations mutuelles, que par des donations simples.

223. Les *donations rémunératoires* et *onéreuses*, lorsque les services et les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, sont de vraies donations, qui sont, par conséquent, sujettes à la légitime.

Si les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent, elles n'y seront pas sujettes, jusqu'à la concurrence du prix desdits services ou charges; elles le seront pour le surplus.

224. Les *conventions matrimoniales* ne sont pas réputées donations, et, par conséquent, ne sont pas sujettes à la légitime.

C'est pourquoi, s'il était convenu que « le mari survivant ne serait tenu de rendre pour tout droit de communauté, aux héritiers de la femme, que ce qu'elle y a apporté, ou qu'une certaine somme, » quoique la communauté se trouve très avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme; car le mari survivant ne retient point, en ce cas, les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux, « qu'il n'y aurait que la femme, si elle survivait, qui aurait droit de partager la communauté, et que ses héritiers ne l'auraient pas [2]. »

---

[1] Nos lois ne reconnaissent plus la profession religieuse ni les incapacités qui en dérivaient.

[2] *V.* art. 1525, C. civ., ci-dessus, p. 381, note 1.

Toutefois il faut remarquer que la confusion du mobilier et des dettes, résultant de la communauté, est considérée comme l'effet d'un acte à titre onéreux, et que les avantages que cette confusion procure à l'un des conjoints ne doivent point entrer dans le calcul de la quotité disponible et de la réserve; néanmois il en est autrement lorsqu'il est question de régler la quotité disponible au profit du conjoint, lorsque l'autre conjoint a des enfants d'un précédent mariage. *V.* art. 1496 1527, et 1098, C. civ.

Art. 1496 : « Tout ce qui est dit ci-« dessus (relativement à l'établisse-« ment de la communauté légale entre « les époux) sera observé même lorsque « l'un des époux ou tous deux auront « des enfants de précédents mariages. « —Si toutefois la confusion du mobi-« lier et des dettes opérait, au profit « de l'un des époux, un avantage su-« périeur à celui qui est autorisé par « l'art. 1098, au titre *des Donations*

Par la même raison, le *douaire* qui est accordé à une femme, n'est point regardé comme une donation sujette à la légitime des enfants, car c'est une convention ordinaire des mariages; d'ailleurs, il tient lieu du coutumier, qui est un avantage de la loi.

Néanmoins, si le douaire était excessif, on pourrait soutenir que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderait le coutumier, il devrait être regardé comme une donation sujette à la légitime.

Le *préciput* est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel, et qu'il n'est pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime.

§ III. *Comment se fait la supputation de la légitime? et quels enfants doit-on compter pour régler la portion du légitimaire.*

225. La portion du légitimaire étant la moitié de la part qu'il aurait eue dans les biens du défunt, si le défunt n'avait pas disposé par donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, il s'ensuit que, pour régler cette part, il faut composer une masse de tous les biens que le défunt a laissés à son décès, même de ceux qu'il aurait légués, à laquelle il faut ajouter, par fiction, tous ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, soit à ses autres enfants, soit à des étrangers. Ces biens, dont le défunt a disposé par donation entre-vifs, doivent être, ainsi que ceux que le défunt a laissés lors de son décès, estimés le prix qu'ils valent lors de l'ouverture de la succession, et couchés pour ce prix dans ladite masse.

Cependant, les biens mobiliers qui ont été donnés entre-vifs, s'estiment, eu égard à ce qu'ils valaient au temps de la donation.

Il en est de même des *offices*. Comme le donataire n'en peut être dépossédé, et qu'il prend l'office à ses risques, l'office doit être estimé eu égard au temps de la donation.

226. Cette masse ainsi composée, on doit en déduire les frais funéraires, les dettes et autres charges de la succession, non-seulement ce qui est dû à des tiers, mais ce qui est dû aux héritiers et au légitimaire lui-même [1].

« *entre-vifs et des Testaments*, les enfants du premier lit de l'autre époux « auront l'action en retranchement. »

Art. 1527 : « Ce qui est dit aux huit « sections ci-dessus, ne limite pas à « leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle. — Les « époux peuvent faire toutes autres « conventions, ainsi qu'il est dit à l'art. « 1387, et sauf les modifications portées par les art. 1388, 1389 et 1390, « —Néanmoins, dans le cas où il y « aurait des enfants d'un précédent « mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un « des époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098, au titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, « sera sans effet pour tout l'excédant « de cette portion; mais les simples « bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les « revenus respectifs, quoique inégaux, « des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au « préjudice des enfants du premier « lit. »

Art. 1098 : « L'homme ou la femme « qui, ayant des enfants d'un autre lit, « contractera un second ou subséquent « mariage, ne pourra donner à son « nouvel époux qu'une part d'enfant « légitime le moins prenant, et sans « que, dans aucun cas, ces donations « puissent excéder le quart des biens. »

[1] On reconnaît facilement dans ces diverses propositions de Pothier l'origine de l'art. 922, C. civ.

Art. 922 : « La réduction se détermine en formant une masse de tous « les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par

La légitime est la moitié de la part qu'aurait eue le légitimaire dans ce restant ; mais comme cette part dépend du nombre des enfants qui l'auraient partagée avec lui, il faut savoir quels sont les enfants qu'on doit compter.

On doit compter les enfants qui viennent effectivement à la succession, ou qui y seraient venus si le défunt n'avait pas fait les donations et legs qu'il a faits [1].

C'est pourquoi on doit compter ceux qui renoncent en conséquence des legs ou donations entre-vifs qu'ils ont reçus ; car ils y seraient venus, s'ils ne les eussent pas reçus, d'où il suit qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'aurait eue le légitimaire, dans la masse des biens qui se seraient trouvés, si le défunt n'avait fait ni donations, ni legs.

On doit même compter dans ce nombre les filles qui, par leur renonciation ou par la disposition des coutumes, sont incapables de succéder au défunt, en conséquence de la dot qu'elles ont reçue ; car, n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auraient partagé, si le défunt n'avait fait aucune donation.

227. Voyons maintenant les enfants qu'on ne doit pas compter, ce sont ceux qui sont prédécédés, à moins qu'ils n'aient laissé des enfants, qui les représentassent dans cette succession, ou qu'ils n'y renoncent en conséquence de ce qui a été reçu par la personne qu'ils représentent [2].

Les prédécédés qui n'ont pas laissé d'enfants qui puissent les représenter, ne sont pas comptés, quant même ils auraient reçu des dots considérables ; car, ce n'est pas en conséquence des dots qu'ils ont reçues, qu'ils n'y viennent pas, mais parce qu'ils sont prédécédés.

Par la même raison, ceux qui, lors de l'ouverture de la succession, sont morts civilement, ne sont pas comptés, à moins qu'ils ne soient représentés par leurs enfants.

On ne doit pas compter une fille religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle aurait eue dans la succession, si elle fût restée dans le siècle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa profession qui l'exclut de la succession.

L'enfant qui a renoncé gratuitement, et sans avoir rien reçu, ne doit pas être compté non plus.

§ IV. *Quelles choses s'imputent sur la légitime ?*

228. Après qu'on a réglé, de la manière qu'on l'a expliqué dans le paragraphe précédent, à quoi montait la légitime d'un enfant, pour connaître s'il s'en trouvera rempli ou non, il faut savoir quelles sont les choses qu'il doit imputer ou précompter sur cette légitime.

L'enfant doit imputer et précompter sur sa légitime tout ce qu'il a reçu de la libéralité du défunt, à quelque titre de libéralité que ce soit ; en quoi

---

« donations entre-vifs, d'après leur état « à l'époque des donations et leur va- « leur au temps du décès du donateur. « On calcule sur tous ces biens, après « en avoir déduit les dettes, quelle est, « eu égard à la qualité des héritiers « qu'il laisse, la quotité dont il a pu « disposer. »

Toutefois il ne faut déduire les dettes et charges que sur les biens laissés par le défunt au jour de sa mort : ceux-là seuls peuvent servir de gage aux créanciers.

[1] Nous croyons qu'on ne doit compter que les enfants qui viennent effectivement à la succession.

[2] *V.* art. 914, C. civ.

Art. 914 : « Sont compris dans l'ar- « ticle précédent, sous le nom d'*en-* « *fants*, les descendants en quelque « degré que ce soit ; néanmoins ils ne « sont comptés que pour l'enfant qu'ils « représentent dans la succession du « disposant. »

notre droit est différent du droit romain, selon lequel les donations entre-vifs ne s'imputaient sur la légitime, que lorsqu'elles étaient faites à cette condition [1].

Les choses, dont le défunt était grevé de substitution à son profit, ne s'imputent pas sur la légitime; car il ne les tient pas de la libéralité du défunt qui les lui devait.

229. Ce que prend le légitimaire dans les biens retranchés de la donation faite à un second mari, ou à une seconde femme, en vertu de l'édit des secondes noces, dont il sera parlé ci-après, ne s'impute pas non plus sur la légitime; car cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la loi [2].

Cette décision n'a lieu que vis-à-vis des légataires, ou des donataires postérieurs à la donation du second mari, parce que leurs legs et donations devant être épuisés pour la légitime des enfants, avant que celle faite au second mari, qui est antérieure, puisse recevoir d'atteinte pour la légitime, suivant l'ordre que nous expliquerons dans le paragraphe suivant, le retranchement que la donation faite au second mari souffre pour une autre cause, ne doit pas les regarder, ni leur profiter.

§ V. *Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfants? Dans quel ordre? Et si la demande a lieu contre les tiers acquéreurs?*

230. Les donations entre-vifs ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime des enfants du donateur, que lorsque ce sont elles qui y ont donné atteinte; et on ne peut dire qu'elles y aient donné atteinte que lorsqu'il ne se trouve pas dans les biens que le donateur a laissés, même dans ceux dont il a disposé par testament, de quoi la remplir, car s'il se trouve dans ce bien de quoi la remplir, il est vrai de dire que ce sont les dispositions testamentaires, et non les donations entre-vifs, qui y ont donné atteinte; puisque, si le donateur n'eût pas fait ces dispositions testamentaires, il y aurait eu, malgré la donation, de quoi remplir la légitime; et que la donation étant irrévocable, et ayant son effet du jour de sa date, il n'a pas dû demeurer au pouvoir du donateur d'y donner atteinte par des dispositions testamentaires; ce qui arriverait néanmoins, si ces dispositions testamentaires ne devaient être épuisées entièrement pour la légitime des enfants, avant qu'on pût attaquer les donataires entre-vifs. Cela a lieu, quand même le testament aurait été fait avant la donation; car il n'est pas plus permis au donateur de donner atteinte à sa donation, en conservant un testament précédemment fait, que d'y donner atteinte par un testament qu'il ferait depuis. Les testaments, en quelque temps qu'ils soient faits, n'ayant d'effet que depuis la mort du testateur, ils ne peuvent donner atteinte aux donations entre-vifs, qui ont effet du jour de leur date [3].

---

[1] Ce n'est que lorsque les libéralités lui auraient été faites par préciput que l'enfant donataire pourrait se dispenser de les rapporter soit en nature, soit en moins prenant, et cette dispense de rapport ne peut s'étendre au delà du disponible.

[2] Ces biens ainsi retranchés rentrent dans la succession pour les enfants.

[3] *V.* art. 923, C. civ.

Art. 923 : « Il n'y aura jamais lieu « à réduire les donations entre-vifs, « qu'après avoir épuisé la valeur de « tous les biens compris dans les dis-« positions testamentaires; et lorsqu'il « y aura lieu à cette réduction, elle se « fera en commençant par la dernière « donation, et ainsi de suite en remon-« tant des dernières aux plus ancien-« nes. »

231. Suivant ces principes, lorsqu'après toutes les dettes acquittées, même après avoir pris ce qui était nécessaire pour remplir les enfants héritiers de ce qui leur restait dû par le défunt, s'il ne reste pas dans les biens, dont le défunt a disposé, de quoi remplir la légitime de quelque enfant, elle doit se prendre d'abord sur les légataires universels, qui doivent la fournir avant les légataires particuliers, car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés; ensuite tous les légataires particuliers y doivent contribuer, chacun au sol la livre de leur legs : car tous les legs n'ayant d'effet que du jour de la mort du testateur [1], ils sont censés avoir une même date; et aucun ne peut avoir d'avantage sur l'autre. Les légataires pour cause pie n'ont pas même à cet égard plus d'avantage que les autres.

232. Si, après que tous les legs ont été épuisés, il manque encore quelque chose à la légitime de l'enfant à qui elle est due, il peut demander ce qui en manque aux donataires entre-vifs, en commençant par celui qui est le dernier en date.

Les donations antérieures ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime, que les postérieures ne soient épuisées; car, tant qu'il reste de quoi les remplir dans ce qui a été donné postérieurement, il est vrai de dire que ce ne sont pas les donations antérieures qui y ont donné atteinte.

Néanmoins, lorsque, par un contrat de mariage, il y a un donataire de la totalité des biens présents et à venir, ce donataire est seul chargé, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter toutes les légitimes des enfants, quand même cette charge ne serait pas exprimée par la donation (Ordonnance de 1731, art. 36), à moins qu'il ne voulût se tenir à la donation des biens présents, que le donateur avait lors de la donation; auquel cas il ne serait tenu desdites légitimes, qu'après que les biens postérieurement acquis seraient épuisés. Ordonnance de 1731, art. 37.

233. Si la donation n'est que d'une partie des biens présents et à venir, le donataire, s'il n'a pas été expressément chargé des légitimes, n'en sera tenu que dans son ordre, et après toutes les donations postérieures.

234. Si la donation d'une partie des biens présents et à venir avait été expressément chargée des légitimes, le donataire sera tenu, même avant les donations postérieures, de fournir la même part desdites légitimes, qu'est la part des biens dont il est donataire, à moins qu'il ne voulût s'en tenir aux biens présents; auquel cas il n'en serait tenu qu'après tous les biens postérieurement acquis épuisés.

235. Si, parmi les légataires ou donataires entre-vifs, contre qui un des enfants demande sa légitime, il se trouvait un autre enfant, il ne contribuerait à la légitime demandée, que pour raison de ce que le don ou legs contiendrait de plus que sa propre légitime, qu'il a pareillement droit de prétendre; car ce legs ou don à lui fait, n'est don que pour l'excédant.

236. Si le dernier donataire, dont la donation a donné atteinte à la légitime, avait dissipé l'argent qui lui avait été donné, et était insolvable, on demande si, en ce cas, l'enfant pourrait se pourvoir contre les donataires antérieurs?—Les auteurs sont partagés sur cette question. Ceux qui tiennent la négative disent que, puisque l'argent donné en dernier lieu aurait été suffisant pour remplir la légitime, c'est la seule donation faite en dernier lieu qui y donne atteinte; d'où il suit que les donations précédentes, n'y ayant pas donné

---

[1] *V.* art. 926, C. civ.

Art. 926 : « Lorsque les dispositions « testamentaires excéderont, soit la « quotité disponible, soit la portion de « cette quotité qui resterait après avoir « déduit la valeur des donations entre-« vifs, la réduction sera faite au marc « le franc, sans aucune distinction en-« tre les legs universels et les legs par-« ticuliers. »

atteinte, ne doivent pas souffrir de retranchement. Le sentiment contraire me paraît beaucoup plus équitable, et mieux fondé en raison. Il est bien vrai que si le dernier donataire n'eût pas dissipé ce qui lui a été donné, les donations antérieures ne donneraient aucune atteinte à la légitime, le légitimaire pouvant la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu : mais le légitimaire ne pouvant plus la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu, par la dissipation qu'en a faite le donataire, et par son insolvabilité, dès lors les donations antérieures se trouvent donner atteinte à la légitime, de même qu'elles y donneraient atteinte, si le donateur eût dissipé lui-même ce qu'il a donné en dernier lieu ; car peu importe, à l'égard du légitimaire, que ce soit un dernier donataire, ou le donateur lui-même qui l'ait dissipé.

Enfin, l'ordonnance de 1731, art. 34, paraît confirmer notre sentiment. La légitime se reprendra donc sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres.

Au surplus, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce qui a été donné au dernier donataire insolvable ; tout comme on ne compterait pas ce que le donateur aurait dissipé ; ce qui fera monter la légitime à moins [1].

237. Il reste à observer que la demande en légitime a lieu non-seulement contre les donataires, mais contre les tiers acquéreurs, qui ont acquis d'eux les choses données ; car la condition du retranchement pour la légitime des enfants, est une condition inhérente aux donations qui affectent les choses données, et par conséquent ne peuvent passer aux tiers acquéreurs que sous cette condition ; le donataire qui les a sous cette condition, ne transférant aux tiers acquéreurs pas plus de droit qu'il en a lui-même, comme nous l'avons dit plus haut [2].

§ VI. *De l'effet du retranchement des donations pour cause de légitime.*

238. Lorsqu'une donation se trouve être sujette au retranchement de la légitime, le donataire doit restituer au légitimaire une portion dans les choses qui lui ont été données, qui remplisse la légitime de cet enfant. Cette portion doit être délivrée *in specie ;* et il ne suffirait pas au donataire d'en offrir l'estimation : car la donation n'étant pas valable pour cette portion, c'est de cette portion *in specie*, que le légitimaire est créancier, et non pas de l'estimation.

De là la maxime que *la légitime doit être fournie en corps héréditaires.*

239. Cette portion que le légitimaire fait retrancher à son profit dans les choses données, passe au légitimaire sans aucune charge d'hypothèque et autres droits réels, que le donataire aurait pu y imposer ; car le droit du donataire dans cette portion retranchée, se résolvant en vertu d'une cause ancienne, et inhérente au titre de la donation, tous les droits qu'il y a imposés doivent se résoudre pareillement, n'ayant pas pu accorder davantage de droit,

---

[1] On ne devrait comprendre ce droit que pour mémoire, car il serait possible que ce donataire revînt à meilleure fortune.

[2] *V.* art. 930, C. civ.

Art. 930 : « L'action en réduction « ou revendication pourra être exer- « cée par les héritiers contre les tiers- « détenteurs des immeubles faisant « partie des donations et aliénés par les « donataires, de la même manière et « dans le même ordre que contre les « donataires eux-mêmes, et discussion « préalablement faite de leurs biens. « Cette action devra être exercée sui- « vant l'ordre des dates des aliénations, « en commençant par la plus ré- « cente. »

qu'il n'en avait lui-même; et c'est le cas de la règle de droit : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* [1].

240. Le retranchement de la portion des choses données, nécessaire pour remplir la légitime des enfants, se fait de plein droit, en vertu de la loi, qui saisit l'enfant de sa légitime; et par conséquent, les fruits de cette portion doivent lui être restitués du jour du décès [2].

Le retranchement de cette portion indivise des choses données, donne lieu à un partage entre le donataire et le légitimaire, que l'un ou l'autre peut demander.

Ce partage opère une garantie entre le donataire et le légitimaire, des choses qui tombent dans leurs lots respectifs, telle qu'elle a coutume d'avoir lieu entre les partageants.

241. Par cette action de garantie, le légitimaire qui a été évincé, répète contre le donataire le prix de la chose évincée, sous la déduction d'une partie du prix de cette chose qui est pareille à sa portion dans la masse des biens sujets à sa légitime; de laquelle portion du prix il doit faire déduction et confusion sur lui. La raison de cette déduction est que la chose évincée, se trouvant ne point faire partie des biens du défunt, elle ne devait pas être comprise, comme elle l'a été, en la masse des biens, sur laquelle on a réglé la légitime. Cette masse doit donc être diminuée, et on y doit ôter le prix de la chose évincée, et, par conséquent, si par exemple, eu égard au nombre des enfants, la légitime était du huitième de cette masse, et qu'elle se trouvât diminuée du huitième de ce prix qu'on déduit de la masse, le légitimaire ne pourrait répéter contre le donataire le prix de la chose évincée, que sous la déduction de cette portion.

242. Si le donataire, dans ce qui lui reste, n'avait pas de quoi fournir à la légitime, le légitimaire, pour ce qui s'en manquerait, se pourvoirait contre le donataire précédent.

Si le donataire, de son côté, est évincé dans quelques-unes des choses qui sont tombées en son lot, le légitimaire est tenu envers lui de l'éviction pour une portion pareille à celle qu'il avait dans la masse des biens sujets à la légitime; car cette chose évincée que nous supposerons, par exemple, être de la valeur de 4,000 livres, se trouvant ne pas faire partie des biens du défunt, cette masse dans laquelle elle a été mal à propos comprise, a été de 4,000 livres plus forte qu'elle ne devait l'être; d'où il suit que la légitime que nous supposons, eu égard au nombre d'enfants, avoir été la huitième portion de ladite masse, se trouvera par proportion avoir été réglée à 500 livres de plus qu'elle ne devait l'être, que le légitimaire devra, par conséquent, au donataire qui en a souffert le retranchement.

Le légitimaire a un privilége par-dessus tous les créanciers du donataire, sur les biens restés au donataire pour la garantie des choses qui lui ont été délaissées pour sa légitime; et, *vice versâ*, le donataire a, pour la garantie dont nous venons de parler, un privilége par-dessus toutes les créances du légitimaire, sur les choses qui lui ont été délivrées [3].

---

[1] *V.* art. 929, C. civ.

Art. 929 : « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le « seront sans charge de dettes ou hy- « pothèques créées par le donataire. »

[2] *V.* art. 928, C. civ.

Art. 928 : « Le donataire restituera « les fruits de ce qui excédera la por- « tion disponible, à compter du jour « du décès du donateur, si la demande « en réduction a été faite dans l'année; « sinon, du jour de la demande. »

[3] C'est le privilége entre copartageants, pour la garantie des lots.

§ VII. *Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la légitime ?*

243. L'enfant est non recevable dans cette demande, lorsque, depuis que le droit de légitime a été ouvert à son profit, par la mort de ses père ou mère, il y a renoncé ; car chacun peut renoncer à ses droits.

Si néanmoins l'enfant étant insolvable, y avait renoncé en fraude de ses créanciers, ils seraient recevables, nonobstant cette renonciation, à exercer ses droits pour raison de sa légitime[1].

L'approbation que donne l'enfant au testament du défunt, n'est une renonciation au droit de légitime, que lorsque l'enfant n'a pu ignorer que le testament y donnait atteinte.

La prescription de trente ans, qui exclut toutes les actions, exclut aussi la demande en légitime ; et cette prescription court, contre les enfants majeurs, du jour du décès de la personne qui a donné ouverture au droit de légitime en la succession.

244. On demande si l'enfant, qui s'est mis en possession sans faire inventaire des biens de la succession de son père, est recevable dans la demande en retranchement de la légitime ?—Les raisons pour la négative sont que l'enfant, en ne faisant pas d'inventaire, s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir constater la valeur des biens qui se sont trouvés lors du décès ; d'où il suit que, par son fait, on ne peut plus connaître si ces biens ont été suffisants ou insuffisants pour le remplir de sa légitime ; étant donc incertain, et même par son fait, s'il est rempli ou non de sa légitime, il ne peut la demander, parce qu'il s'est mis hors d'état de fonder sa demande. On ajoute que la novelle de Justinien fait décheoir de la falcidie l'héritier qui a manqué de faire inventaire, et l'astreint même au paiement des legs au delà des forces de la succession.

Nonobstant ces raisons qui sont assez fortes, Ricard (3e partie, chap. 7, sect. 5, n° 993) pense que l'enfant peut, même en ce cas, être recevable à demander sa légitime, et qu'à défaut d'inventaire, on constatera, autant qu'il sera possible, les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Il dit que ce que la novelle décide touchant la falcidie, et contre l'héritier institué, étant une peine, doit être renfermé dans son cas, et ne peut être étendu à la légitime, qui est infiniment plus favorable. Il ajoute que la difficulté de constater les forces de la succession, dans laquelle s'est mis l'enfant par imprudence, ignorant peut-être alors les donations que son père avait faites, ne doit pas le priver d'un droit aussi favorable que celui de la légitime, lorsque aucune loi n'en prononce la privation, et qu'il faut seulement, en ce cas, suppléer à cette difficulté par les ressources ordinaires de la commune renommée, qu'on emploie en beaucoup d'autres cas. Il autorise son sentiment de celui de Menard, d'Olive, et de l'usage du parlement de Toulouse[2].

---

[1] *V.* art. 1167, C. civ., ci-dessus, p. 396, note 2, et 788, C. civ.

Art. 788 : « Les créanciers de celui « qui renonce au préjudice de leurs « droits, peuvent se faire autoriser en « justice à accepter la succession du « chef de leur débiteur, en son lieu et « place.—Dans ce cas, la renonciation « n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances : elle ne l'est « pas au profit de l'héritier qui a re- « noncé. »

[2] L'enfant s'est mis dans une position plus difficile, mais aucune disposition de loi ne le prive de sa réserve pour cette omission. Ce serait créer une peine.

ART. VI. — Du retranchement que souffrent dans quelques coutumes les donations entre-vifs, pour la légitime coutumière.

245. Il y a quelques coutumes qui défendent de disposer, par donations entre-vifs, au delà d'une certaine portion des propres. Telle est dans notre voisinage la coutume de Blois, qui porte « que les personnes qui ne sont pas nobles, ne peuvent donner entre-vifs plus de la moitié de leurs propres.»

Cette portion des propres, dont les coutumes défendent de disposer, est une espèce de légitime qu'elles accordent aux héritiers du donateur, de la ligne d'où les propres procèdent. On appelle cette légitime *coutumière*, à la différence de celle dont nous avons parlé à l'article précédent, qui se nomme *légitime de droit* [1].

§ I. *Par quelles personnes peut être prétendue la légitime coutumière?*

246. Cette légitime étant accordée aux héritiers de la ligne, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à cette légitime, lorsque le donateur ne laisse aucun héritier de la ligne [2].

Il suit de là que des héritiers d'une autre ligne, qui, à défaut d'héritiers de la ligne, auraient succédé au défunt, ne seraient pas recevables à demander que les donations de propres, faites par le défunt, fussent réduites à la portion dont la coutume permet de disposer.

247. Cette légitime coutumière est accordée aux héritiers de la ligne, principalement en tant qu'héritiers, à la différence de celle de droit, qui est accordée aux enfants, principalement en tant qu'enfants; d'où il suit que, encore que les enfants, sans être héritiers, puissent avoir leur légitime de droit, au moins par voie de rétention sur les choses qui leur auraient été données et léguées; les héritiers présomptifs de la ligne, s'ils n'ont accepté la succession, ne peuvent retenir aucune part, même par voie de rétention, de ce qui appartient en entier à ceux de la ligne qui se sont portés héritiers.

Il suit de ces principes, que le curateur à la succession vacante du donateur, et les créanciers du donateur ne peuvent demander la réduction des donations, lorsque les héritiers de la ligne ont renoncé à la succession.

Mais si quelqu'un des héritiers de la ligne renonce à la succession, en fraude de ses propres créanciers, lesdits créanciers étant reçus à exercer tous ses droits, peuvent accepter en sa place la succession, et former la demande en réduction.

§ II. *Quelles donations sont sujettes à ce retranchement?*

248. On doit à cet égard suivre les règles établies pour la légitime de droit.

Lorsqu'on vend un héritage, et que, par le même contrat, on fait remise du prix, ce ne peut être un vrai contrat de vente; c'est donc une vraie donation de l'héritage propre, sujette au retranchement, et non pas seulement une donation du prix.

Secùs, si la remise n'eût été faite qu'*ex intervallo*, ou qu'il n'y eût pas eu lieu de soupçonner de la fraude [3].

---

[1] Les réserves se calculent sur tous les biens, quelle que soit leur nature ou leur origine.

[2] Cette légitime coutumière est absolument étrangère aux principes des lois nouvelles.

[3] Ce serait aujourd'hui, et dans les deux cas que prévoit Pothier, une libéralité à laquelle on devrait avoir égard dans le calcul de la quotité disponible.

§ III. *En quel cas y a-t-il lieu à cette légitime?*

249. Cette légitime étant due aux héritiers, et n'y ayant d'héritiers qu'après la mort, il s'ensuit qu'elle n'est ouverte que du jour du décès du donateur, et que c'est, eu égard à ce temps, qu'il faut juger si le donateur a disposé au delà de la portion réglée par la coutume[1].

C'est pourquoi, si à Blois, une personne eût donné tous les propres qu'elle avait au temps de la donation, et que par des successions échues depuis au donateur, il se trouvât, lors de sa mort, avoir des héritages propres autant et plus qu'il n'en a donnés; sa donation, quoiqu'elle fût du total des propres qu'il avait pour lors, ne pourra recevoir aucune atteinte; parce que au temps de son décès, il se trouve n'avoir pas disposé au delà de la moitié de ses propres, et qu'il se trouve dans sa succession de quoi remplir la légitime coutumière.

250. Les différentes coutumes de ce royaume étant des lois qui agissent indépendamment les unes des autres, il s'ensuit que la légitime coutumière, que la coutume accorde à un héritier dans les héritages propres du donateur, situés dans son territoire, est accordée à l'héritier, indépendamment de ce que d'autres coutumes peuvent lui déférer touchant la succession de la même personne.

251. De là il suit que si un défunt a donné au delà de la moitié de ses héritages propres, qui sont situés dans la coutume de Blois, quoiqu'il laisse à son héritier une quantité beaucoup plus considérables de propres, dont il n'a pas disposé, situés dans d'autres communes; néanmoins cet héritier est bien fondé à demander contre le donataire ce qui lui manque de sa légitime coutumière dans les propres situés à Blois; car cette légitime lui étant accordée indépendamment de ce qui lui est déféré par les autres coutumes, on ne peut lui imputer sur sa légitime les propres auxquels il succède dans les autres coutumes.

Cette décision, «que le donataire entre-vifs des propres situés dans une coutume, ne peut imputer à l'héritier, sur sa légitime coutumière dans lesdits propres, les biens auxquels il succède, même les autres propres situés dans d'autres coutumes,» doit être restreinte aux donataires entre-vifs; Ricard pense qu'on doit décider le contraire à l'égard des légataires. La raison de différence est que les dernières volontés étant susceptibles d'une interprétation plus étendue, *voluntates testantium pleniùs interpretantur*, le testateur qui a légué une portion de ses propres qui n'était pas disponible, est censé en avoir légué l'estimation sur les autres biens dont il avait droit de disposer, ce qu'on ne peut pas dire des donations entre-vifs, qui étant des contrats entre-vifs, doivent être renfermées dans leurs termes; et qui, d'ailleurs, doivent avoir un effet présent, et contenir l'acceptation et la tradition de la chose qui est donnée, et ne sont pas susceptibles de l'estimation de la chose à prendre sur d'autres biens.

252. C'est une question, lorsqu'une personne, qui avait des propres de différentes lignes, a donné tous, ou presque tous les propres d'une ligne, lesquels néanmoins ne font que la moitié, ou ne font pas la moitié du total que composent les propres de toutes les différentes lignes, si les héritiers de cette ligne peuvent demander le retranchement de la donation?—La raison pour la négative est, que la coutume de Blois permet en général de donner la moitié de ses propres; le donateur n'en ayant donc donné que la moitié, ou pas même la moitié, semble n'avoir pas donné au delà de ce qui lui était permis

[1] V. art. 920, C. civ., ci-dessus, p. 420, note 2.

de donner.—La raison pour l'affirmative est, que la vue des coutumes ayant été de perpétuer les biens dans les familles, il s'ensuit qu'elles ont eu en vue l'intérêt de chaque famille, et qu'elles ont voulu conserver à chaque famille le patrimoine qui lui était affecté; d'où il suit que, lorsque la coutume porte qu'on ne pourra donner entre-vifs que la moitié de ses propres, cela doit s'entendre, non pas *collectivè* de tous les propres, mais *distributivè* de la moitié des propres de chaque ligne.

253. C'est une question si ce qui se retranche des donations entre-vifs pour la légitime coutumière, est sujet aux dettes de la succession, lorsque l'héritier, au profit de qui s'est fait ce retranchement, a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

On peut dire pour l'affirmative, que cette légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et par conséquent, ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et en conséquence être sujettes aux dettes.

On peut dire au contraire que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en était dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt, et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il ne le tient donc pas du défunt, ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession [1].

ART. VII. — Du retranchement que peuvent souffrir les donations par le premier chef de l'édit des secondes noces.

254. Par le premier chef de l'édit de François II, vulgairement appelé l'*Edit de secondes noces*, il est porté « que les femmes veuves ayant enfants « ou enfant, ou enfants de leurs enfants, ne peuvent et ne pourront, en « quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquêts ou ac- « quis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres, « à leurs nouveaux maris, pères, mères, ou enfants desdits maris, ou autres « personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées plus « qu'à l'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, et si il se trouve « division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs « enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront rédui- « tes et mesurées à la part de celui des enfants qui aura le moins [2]. »

Cette disposition est tirée de la loi 6, Cod. *de Secundis Nuptiis*, qui est de l'empereur Léon.

Quoique cet édit, ainsi que nos coutumes qui en ont renouvelé les dispositions, ne parlent que de la femme qui se remarie; néanmoins, par l'usage, on a étendu leurs dispositions à l'homme qui se remarie, conformément à ladite loi 6, qui comprend l'un et l'autre.

§ I. *Quelles espèces de donations sont sujettes à ce retranchement?*

255. Les donations de meubles aussi bien que celles d'immeubles sont sujettes à ce retranchement. Il est vrai que nos coutumes ne parlent pas des

[1] C'est ce que l'on peut encore dire aujourd'hui pour justifier la disposition de la loi qui porte que « les créanciers « du défunt ne peuvent demander la « réduction ni en profiter. » *V.* art. 921, *in fine*, C. civ., ci-dessus, p. 422, note 1.

[2] *V.* art. 1098, C. civ., ci-dessus, p. 423, note 2. (Même disposition que l'édit.)

meubles; mais il suffit que l'édit se soit expliqué sur les meubles : nos coutumes n'ayant pu diminuer les dispositions de l'édit.

Non-seulement les donations simples, mais même les donations mutuelles, faites de part et d'autre, sont sujettes à ce retranchement. La raison de douter était, que les donations mutuelles ne sont pas proprement des donations, puisque la femme qui donne à son second mari une certaine somme, en cas qu'il survive, reçoit de lui autant qu'elle lui donne, qu'elle ne lui fait par conséquent aucune libéralité, et que ce contrat est un contrat aléatoire plutôt qu'une donation. La raison de décider est que ces donations, quoique improprement donations, tendant néanmoins à dépouiller les enfants aussi bien que les donations simples, la fin que l'édit s'est proposée, qui n'est autre chose que d'imposer un frein aux femmes qui se remarient, et les empêcher de dépouiller leurs enfants de leurs biens, se rencontre également à l'égard de ces espèces de donations, comme à l'égard des donations simples.

256. De là naît une question : Si une femme ayant enfants, et son mari qui n'en a point, se font une donation mutuelle de tous leurs biens au survivant d'eux, et le second mari vînt à prédécéder, sa donation devrait-elle être réduite à la même portion à laquelle aurait été réduite celle de la femme, si elle fût prédécédée ?—Ricard, au *Traité du Don mutuel* (ch. 5, sect. 6, n° 223), décide pour l'affirmative; parce que, dit-il, l'intention des parties qui se font don mutuel, n'est de donner qu'en conséquence de ce qu'ils reçoivent. Je pense au contraire que la donation du second mari doit valoir pour le tout. On ne peut pas dire que le second mari n'a entendu donner qu'autant qu'il recevrait; car le second mari n'ignorait pas que la femme avait des enfants, il n'ignorait pas que la donation de tous biens que lui faisait sa femme, ne pouvait valoir qu'autant que tous les enfants du premier lit le prédécéderaient, et qu'elle était sujette à réduction de la part desdits enfants. Je dis qu'il ne l'ignorait pas; car une ignorance du droit public, dont on peut s'informer, n'est pas proposable. On ne peut donc pas dire qu'il n'a eu intention de donner à sa femme qu'autant et à proportion que sa femme pourrait lui donner valablement; car, sachant ou devant savoir que la donation que lui faisait sa femme était sujette à réduction, il n'a pas laissé de lui donner sans aucune restriction [1].

Non-seulement les donations, mais même les avantages de quelques espèces qu'ils soient, qui résultent des conventions ordinaires des mariages, sont sujettes à ce retranchement. Par exemple, le *préciput*, quoique mutuel, y est sujet ; c'est pourquoi un second mari, à qui on a donné part d'enfant, ne peut plus avoir de préciput.

257. Ce dont l'apport de l'un des conjoints excède celui de l'autre, est encore regardé comme un avantage fait à l'autre conjoint, pour la part que cet autre conjoint prendra dans cet excédant. Par exemple, si j'apporte en communauté avec une seconde femme dix mille livres, et qu'elle n'en apporte que 6,000 livres, la part que ma seconde femme se trouve avoir, en cas d'acceptation de communauté, dans les 4,000 livres, est regardée comme un avantage de 2,000 livres que je lui ai fait, lequel est sujet à la réduction de la part d'enfant [2].

258. Y aurait-il lieu à cette décision, si ce que le second mari apporte de moins était suppléé par son industrie ?— Par exemple, une femme se remarie avec un médecin accrédité à Paris ; elle apporte 20,000 livres en communau-

---

[1] Ce ne pourrait être aujourd'hui une question douteuse ; car l'art. 1098, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 428, note 2, n'a trait qu'au conjoint qui a des enfants d'un précédent mariage ; l'autre conjoint peut tout donner.

[2] *V.* art. 1496 et 1527, C. civ., ci-dessus, p. 423, note 2.

té, son mari n'en apporte que 10,000 ; mais c'est un homme qui retire de son art 20,000 livres de revenu par an. Il semblerait que la décision ne devrait pas avoir lieu, et que l'industrie du second mari, qui est réellement appréciable, compense et par delà ce qu'il apporte de moins en argent que la femme. Néanmoins il faut dire que cette industrie ne sera pas tirée en ligne de compte, et que la part qu'a le mari dans l'excédant de l'apport de la femme, sera regardé comme un avantage sujet au retranchement de l'édit. La raison en est, que si on entrait dans l'examen et l'évaluation incertaine de l'industrie des conjoints, ce serait donner lieu à des discussions et à des procès qu'on évite, en établissant des règles générales, dont on ne s'écarte pas par des considérations particulières.

Cela a lieu, même dans le cas où les contractants s'en sont rapportés à la coutume, pour composer la communauté ; car, lorsque j'ai plus de meubles qu'une seconde femme, c'est un avantage que je lui fais, lorsque je ne réserve pas en propre ce que j'ai de plus qu'elle.

259. Le douaire coutumier n'est pas un avantage sujet au retranchement de l'édit, parce que c'est la loi plutôt que le mari qui le fait. Mais s'il l'excédait, l'excès y serait sujet.

Il suit de là que, comme le douaire préfix tient lieu du coutumier, il ne doit pas non plus, jusqu'à concurrence du coutumier, y être sujet.

260. Non-seulement les donations faites au second mari, mais celles qui seraient faites au père, à la mère, ou aux enfants du second mari, sont sujettes au retranchement, ainsi qu'il est porté en termes formels par l'édit. La raison en est, que ces donations sont présumées être faites en contemplation du second mari, et que ces personnes sont facilement présumées n'être que des personnes interposées pour avantager le second mari. C'est ce qui résulte des termes de l'édit, qui suivent : *ou autres personnes qu'on puisse facilement présumer être par dol ou fraude interposées* [1].

Cette extension a été jugée d'autant plus nécessaire par le législateur, que sans cela la loi aurait été presque toujours éludée ; la femme qui voulant avantager son second mari au delà des bornes, ne le pouvant faire par des donations faites à lui-même, n'aurait pas manqué de le faire par des donations faites à ces personnes, si elles n'eussent été pareillement renfermées dans la disposition de la loi.

261. La prohibition de donner aux enfants du mari, renferme-t-elle les enfants communs que la femme, qui se remarie, aura de ce second mari, ou ne comprend-elle que ceux que le second mari a d'un précédent mariage ?

Je pense qu'il faut distinguer. Si la donation était faite par le second contrat de mariage aux enfants à naître de ce second mariage; ces enfants, qui n'existent pas encore, n'ayant pu mériter eux-mêmes l'affection de la donatrice, la donation qui leur est faite, ne pourrait passer que pour une donation faite en considération du second mari, et par conséquent devrait être sujette au retranchement de l'édit. Que si cette femme a donné aux enfants nés de ce second mariage, qui ont déjà pu mériter par eux-mêmes son affection, rien n'oblige en ce cas de regarder la donation qui leur est faite, comme faite en faveur du second mariage, la qualité d'enfants de la donatrice, qu'ils avaient, étant un titre plus que suffisant pour mériter par eux-mêmes cette donation.

262. Les donations faites aux père, mère, ou enfants du second mari, sont-elles sujettes au retranchement, lorsqu'elles ne leur sont faites qu'après la mort du second mari ?—Je pense que non ; car il paraît que l'édit n'a compris ces personnes dans sa disposition, que parce qu'elles sont facilement présumées être personnes interposées pour avantager le second mari, et qu'on peut

---

[1] *V.* art. 1100, C. civ., ci-dessus, p. 357, note 2.

soupçonner que la donation ne leur est faite qu'en vue de gratifier et d'avantager le second mari ; or, toutes ces raisons cessent à l'égard des donations faites après la mort du second mari. L'édit ne reçoit donc pas d'application à ces donations.

L'édit n'ayant parlé que des pères et mères, les donations faites aux autres ascendants du second mari, sont-elles sujettes au retranchement?—Je le pense; car il y a même raison ; et d'ailleurs ils peuvent être compris sous ces termes généraux que l'édit ajoute, *et autres personnes.*

Quid, des frères et sœurs et autres collatéraux du second mari?—Ils ne seront pas si facilement présumés personnes interposées. Cependant ils pourraient passer pour tels selon les circonstances, comme « s'il était justifié que lors de la donation, ils fussent inconnus à la donatrice. »

§ II. *Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'édit ?*

263. L'édit étant fait en faveur des enfants du précédent mariage, il s'ensuit que, pour qu'il y ait lieu au retranchement porté par l'édit, il faut 1° Que la femme qui a donné à son second, troisième ou ultérieur mari, ou l'homme qui a donné à sa seconde, troisième ou ultérieure femme, aient des enfants d'un précédent mariage.

264. Suffit-il que ces enfants existassent lors de la donation ?—La raison de douter est que les termes de l'édit, *femmes veuves ayant enfants, ne peuvent donner*, semblent ne se référer qu'au temps de la donation. Néanmoins il est constant que, pour qu'il y ait lieu à l'édit, il faut que la femme laisse, lors de son décès, quelque enfant de ses précédents mariages. La raison en est évidente: cet édit n'étant fait que pour empêcher la femme qui se remarie de donner trop d'atteinte aux parts que ses enfants des précédents mariages ont droit d'attendre en sa succession, en réduisant à la part d'enfant, les donations par elles faites à ses second et ultérieurs maris, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir d'ouverture à cette réduction, à ce retranchement, que lors de l'ouverture de sa succession ; et comme ce sont les enfants du précédent mariage en faveur desquels l'édit est fait, qui donnent ouverture à cette réduction, il s'ensuit qu'il faut nécessairement qu'il y ait pour lors, quelque enfant des précédents mariages. Au reste, il suffit qu'il y en ait un seul pour donner ouverture au retranchement. Les termes de l'édit sont formels, *femmes ayant enfants, ou enfant.*

L'édit ajoute, *ou enfants de leurs enfants* ; c'est pourquoi un enfant, à quelque degré qu'il soit, qui se trouve par représentation au degré de succéder, peut donner ouverture à l'édit. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un enfant du premier lit donne ouverture à l'édit, qu'il accepte la succession de sa mère qui s'est remariée, l'édit ne l'exige pas. L'édit, en réduisant les donations excessives, faites au second mari, a eu en vue de subvenir aux enfants, en leur seule qualité d'enfants ; ils n'ont donc pas besoin, pour invoquer l'édit, d'avoir la qualité d'héritiers. C'est un point dont tous les auteurs conviennent [1].

265. De là il suit qu'une fille du premier lit dotée, qui, en conséquence de sa renonciation, ou des coutumes qui ont cette disposition, est exclue de la succession de sa mère, ne laisse pas d'être seule capable de donner ouverture à l'édit, lorsque la donation faite par sa mère à son second mari, est plus forte que la part que l'un des enfants que sa mère a eus du second mariage, peut prétendre en sa succession. Cette fille du premier lit pourra donc, en ce cas, demander la réduction de la donation, pour partager ce qui en sera retranché

---

[1] Si aucun enfant ne se porte héritier du conjoint donateur, nous ne voyons pas qui aurait qualité pour critiquer la libéralité.

avec les autres enfants ; et le second mari ne pourra pas lui opposer qu'elle est exclue de venir à la succession ; puisque, pour demander ce retranchement, et y avoir part, elle n'a pas besoin de la qualité d'héritière, suivant le principe ci-dessus.

266. Il faut décider autrement à l'égard d'un exhérédé ; car il est évident que l'édit n'a voulu subvenir qu'aux enfants qui étaient dignes des biens que l'édit a voulu leur conserver, et non pas à ceux qui s'en seraient rendus indignes.

Il est évident aussi que les religieux, et ceux qui sont morts civilement, n'y peuvent donner ouverture, puisqu'ils ne jouissent pas des droits civils.

267. Pour qu'il y ait lieu au retranchement de l'édit, il faut en second lieu que les donations faites à la seconde femme, ou au second mari, excèdent la part de l'un des enfants, tant du dernier que des précédents mariages, qui sont habiles à succéder. Dans les coutumes où les filles sont exclues de la succession, lorsqu'elles ont reçu une dot, quelque modique qu'elle soit, il n'y aura donc pas lieu au retranchement de l'édit, quoique la donation faite au second mari excède la dot donnée à cette fille, parce que cette fille ne prend pas de part en la succession.

268. Lorsque la succession du donateur est déférée par souches à plusieurs petits-enfants de différentes souches, la donation doit excéder la part de l'une de ces souches, et il ne suffirait pas qu'elle excédât la part de l'un des enfants d'une souche dans la subdivision de la part de la souche. La raison en est que, la coutume ayant mesuré ce qu'il est permis de donner au second mari, à ce que l'un des enfants pourrait prendre en la succession, ainsi que la coutume l'exprime, il s'ensuit qu'elle doit être mesurée à ce que prend l'une des souches dans la succession ; car la succession étant déférée aux souches, *in stirpes*, et non à chacun des enfants des souches, *in capita*, ce sont les souches qui prennent chacune une part dans la succession ; chacun des enfants de ces souches n'a aucune part dans la succession, mais seulement dans la subdivision de la part qu'y a prise la souche.

Que si la succession était déférée à plusieurs petits-enfants d'une souche unique, en ce cas, comme ces petits-enfants succèdent *in capita* et non *in stirpes*, ils prennent chacun une part principale en la succession ; il suffit que la donation excède la part de l'un de ces petits-enfants, pour qu'il y ait lieu au retranchement [1].

269. L'édit ajoute, que, lorsque les enfants ont des parts inégales, la part du second mari, ou de la seconde femme, se règle sur celle de l'enfant qui a la moindre part.

Cette inégalité peut se rencontrer en plusieurs occasions. Par exemple, — 1° lorsqu'il y a un droit d'aînesse, la part du second mari se réglera sur la part de l'un des puînés. — 2° Lorsque, dans les biens du donateur, il y a des choses réservées aux enfants du premier lit, suivant le second chef de l'édit, dont il sera ci-après parlé ; la part de la seconde femme, ou du second mari, se règle sur celle de l'un des enfants du second lit. — 3° Enfin, lorsque les enfants ne viennent pas *ab intestat*, mais en vertu du testament du donateur qui a fait, entre ses enfants une division inégale de ses biens, la part de la seconde femme se règle sur celle de l'enfant, qui, dans cette division, se trouve avoir la moindre part [2].

---

[1] Dans ce cas même les petits-enfants viennent à la succession de l'aïeul par représentation, et ce n'est pas le nombre des coreprésentants qui doit être compté pour fixer la part du conjoint donataire ; on doit compter par souches.

[2] Les deux premières hypothèses que Pothier rappelle ici, ne peuvent plus se rencontrer maintenant.

270. Si le donateur avait assigné à l'un de ses enfants une part moindre que la légitime de cet enfant, à laquelle cet enfant voulût bien se tenir, la part de la seconde femme devrait-elle se régler sur cette part ?—Non, car la part de cette seconde femme se règle, non sur celle à laquelle l'enfant veut bien se tenir, mais sur celle qu'il a droit de prendre, sur celle qu'il pouvait prendre en la succession, ainsi que l'explique fort bien notre coutume, interprète en cela de l'édit ; or cet enfant qui veut bien s'en tenir à une part moindre que sa légitime, avait droit de demander le surplus, il pouvait prendre une plus grande part ; celle de la seconde femme doit donc se régler sur la part qu'il pouvait prendre, c'est-à-dire sur la légitime de cet enfant.

§ III. *Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfant, ou seulement une part d'enfant à eux tous ?*

271. Ces termes de l'édit, *ne peuvent donner à leurs maris*, s'interprètent non en un sens distributif, mais en un sens collectif, comme s'il y avait : *La femme ne peut donner à tous ses maris ensemble qu'une part d'enfants.* On doit d'autant mieux admettre cette interprétation, que l'esprit de l'édit, qui restreint le pouvoir de la mère de disposer de ses biens, étant de subvenir aux enfants du premier lit, qui souffrent du convol de leur mère en secondes noces, il serait contre l'esprit de l'édit que la mère qui se remarie plusieurs fois, faisant plus de préjudice à ses enfants, que lorsqu'elle ne se remarie qu'une fois, eût néanmoins le pouvoir de disposer d'une plus grande quantité de ses biens. Autrement, la disposition de l'édit impliquerait contradiction.

272. Du principe que nous venons d'établir, il suit que la femme qui, ayant des enfants de son premier mariage, a déjà fait une donation à son second mari, ne pourra plus donner au troisième, que ce que la donation faite au second contiendrait de moins que la part de l'enfant le moins prenant ; et si elle a donné à son second mari autant que la part de l'enfant le moins prenant, elle ne peut plus rien donner au troisième [1].

§ IV. *De l'effet de l'édit.*

273. L'effet de l'édit est de donner une action révocatoire de ce dont la donation faite au second mari se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant en la succession. Ces termes de l'édit *ne peuvent donner plus,* ne doivent pas être entendus dans un sens absolu, mais avec cette explication, *ne peuvent efficacement.* C'est pourquoi, quoique la donation se trouve excessive, la propriété des choses données a été véritablement transférée pour le total au second mari ; mais cette translation de propriété devient inefficace par l'action révocatoire que donne l'édit aux enfants du premier lit, en vertu de laquelle ils obtiennent le retranchement de ce qui excède la part de l'un des enfants le moins prenant.

Au reste, la propriété des choses données ne passe au second mari, qu'à la charge du retranchement, en cas que, par l'événement, lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, la donation se trouve excéder ce qu'il était permis de donner. Et cette condition du retranchement est une condition inhé-

---

[1] Les termes de l'art. 1098, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 423, note 2, autorisent de nouvelles donations aux subséquents conjoints, pourvu que ces donations réunies ne dépassent pas le quart. Le sens de l'article nous paraît être : ce que le conjoint successif est capable de recevoir c'est une part d'enfant ; mais le conjoint donateur ne peut disposer au delà du quart. Ainsi, d'un côté, capacité de recevoir *une part d'enfant :* de l'autre, capacité de disposer, *un quart ;* et chacune de ces deux limites doit être respectée.

rente, et qui affecte les choses données, de manière qu'elles ne le sont qu'à cette conditon; d'où il suit que si le second mari donataire les aliène, il ne peut les aliéner qu'à cette charge, *cum eâ causâ*.

274. De là il suit, 1° que cette action révocatoire a donc lieu, non-seulement contre le second mari donataire, mais contre les tiers détenteurs des choses données; car il n'a pu leur en transférer la propriété, que telle qu'il l'avait lui-même, et résoluble sous les mêmes conditions.

De là il suit, 2° que ce retranchement se fait sans aucune charge des servitudes, hypothèques et autres droits réels que le donataire y aurait imposés; tous lesquels droits se résolvent par la résolution de celui du donataire, duquel ils dérivaient, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

275. De ce que la donation, pour ce qu'elle excède la part d'enfants, n'est pas nulle absolument, mais seulement en faveur des enfants auxquels la loi accorde une action révocatoire de cet excédant, il s'ensuit que les biens retranchés ne sont pas considérés comme étant dans la succession de la femme, qui s'en est dépouillée par la donation qu'elle en a faite. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que les enfants acceptent sa succession, pour exercer cette action révocatoire, et avoir part à ces biens retranchés; la loi qui leur donne cette action, ne considère que leur qualité d'enfants, et n'exige pas qu'ils soient héritiers.

276. Il suit aussi de ces principes, que l'enfant qui a exercé cette action révocatoire, sans être héritier de sa mère, ne peut pas, comme détenteur de ces biens retranchés, être poursuivi par les créanciers hypothécaires de sa mère, postérieurs à la donation qu'elle en a faite à son second mari; car la mère s'étant dépouillée de ces biens par cette donation, avant de contracter avec ce créancier, il n'a jamais pu acquérir d'hypothèque, puisque, dans le temps de sa créance, ces biens avaient cessé d'appartenir à sa débitrice, et qu'on ne peut pas dire qu'ils rentrent dans les biens de la mère par l'action révocatoire qui est donnée aux enfants, puisque, suivant les principes ci-dessus posés, cette action révocatoire n'annulle la donation pour cet excédant, qu'en faveur des enfants, et non vis-à-vis de ce créancier, qui ne doit pas profiter de ce qui n'est accordé qu'en faveur des enfants.

277. Observez néanmoins que, quoique cette action révocatoire soit établie en faveur des enfants du premier lit, les enfants du second mariage partagent avec eux les biens retranchés, ainsi que cela est décidé en termes formels par la loi 9, Cod. *de Secundis nuptiis*. La raison en est évidente : l'édit n'est fait que contre le second mari, et non pas contre les enfants du second mariage : ces enfants ne doivent pas être privés de partager un bien qui est l'héritage de leur mère, et auquel ils ont un droit égal à celui des enfants du premier lit, puisqu'ils sont enfants, aussi bien qu'eux. Il est vrai que, par eux-mêmes, et s'ils eussent été seuls, ils n'eussent pu demander le retranchement; mais il n'est pas nouveau en droit, que ce qu'on n'a pas par la loi, on l'obtienne quelquefois par le concours d'une autre personne [1].

---

[1] Les enfants du second lit doivent avoir le droit d'intenter cette action, même au cas où ceux du premier lit garderaient le silence. Cette action est dans la succession pour tous les enfants, l'existence des enfants du premier lit est une condition nécessaire à l'ouverture de ce droit, mais une fois né, il doit dans son exercice compéter à tous ceux qui doivent en profiter ; mais il faut, comme Pothier le décide plus haut, refuser ce droit aux créanciers du donateur, et ils ne peuvent même pas en profiter ; les biens ainsi retranchés n'étaient plus dans le patrimoine du donateur, ils ne pouvaient servir de gage à ses créanciers; il faut également affranchir ces biens des

Mais les filles dotées du premier lit, qui sont dans certaines coutumes exclues de la succession, n'y doivent pas prendre de part, parce qu'elles n'ont plus de droit au bien de leur mère, comme nous l'avons déjà dit [1].

Le second mari partage aussi lui-même les choses retranchées avec les enfants, suivant le sentiment de la Glose sur la Novelle 22; ce qui est juste : car, sans cela, l'enfant le moins prenant, au moyen de la part qu'il prendrait dans les choses retranchées, se trouverait avoir plus que le second mari; ce qui ne doit pas être; car l'intention des lois romaines, et de l'édit qui les a adoptées, en ordonnant cette réduction, a été seulement que le second mari n'eût pas plus que l'enfant le moins prenant, et non pas qu'il eût moins.

278. On demande si l'aîné peut prendre son droit d'aînesse dans les biens retranchés?—La raison de douter se tire de ce que nous avons dit ci-dessus, que les biens retranchés n'étaient pas censés rentrer dans la succession de la femme; d'où il semble suivre que le droit d'aînesse, qui ne s'exerce que sur les biens de la succession de la personne à qui on succède, ne devrait pas s'exercer sur ces biens [2].

Néanmoins les auteurs décident qu'il peut exercer son droit d'aînesse sur les biens retranchés. La raison en est que l'objet de l'édit étant d'accorder une réparation aux enfants du préjudice que leur cause la donation excessive de leur mère, chacun doit avoir dans la réparation une part proportionnée au préjudice que la donation lui cause ; or la donation excessive des biens féodaux cause un plus grand préjudice à l'aîné qu'aux autres enfants, puisqu'il aurait eu dans ces biens, s'ils n'eussent pas été donnés, une plus grande portion qu'eux ; il doit donc avoir une portion proportionnée dans la réparation ; qui consiste à lui accorder la même portion dans les biens retranchés, qu'il aurait eue, s'ils fussent restés dans la succession ; et par conséquent il doit y exercer son droit d'aînesse.

Au reste, comme l'aîné n'a de droit d'aînesse, que lorsqu'il est héritier, il y a lieu de penser qu'il ne peut exercer ce droit d'aînesse sur les biens retranchés, que lorsqu'il est héritier.

279. Ce droit des enfants de faire retrancher l'excès de la donation faite au second mari, est ouvert, et leur est acquis du jour du décès de leur mère. Par conséquent, de ce jour, ils ont ce droit *in bonis* : il fait partie de leurs biens ; ils en peuvent disposer, et ils le transmettent dans leur succession ; les héritiers de ces enfants pourraient donc l'exercer, quand même ces enfants seraient décédés avant que d'avoir donné aucune demande.

280. Si la femme avait fait la donation à son second mari, sous cette condition, « si les enfants de son mariage, qu'elle laisserait à son décès, décédaient par la suite, avant l'âge de puberté, » les héritiers de ces enfants pourraient-ils en demander le retranchement ?—Quelques arrêts ont jugé qu'ils ne le pouvaient; que cette donation ne doit pas être regardée comme préjudiciable aux enfants du premier lit, puisque la mère, par la condition apposée à sa donation, leur conserve ces biens dans le cas où ils atteindront l'âge de puberté. Je pense que ces arrêts ne doivent pas être suivis : l'édit ne distingue pas entre les enfants *impubères* et les enfants *pubères*, entre ceux qui atteindront l'âge de puberté, et ceux qui ne l'atteindront pas ; il est fait en faveur des uns comme des autres. L'édit annulle en leur faveur la donation pour l'excédant de la part d'enfant ; et les particuliers ne pouvant déroger à l'édit, ni priver leurs enfants impubères de l'action que l'édit leur donne pour faire retrancher l'excédant de cette do-

---

droits créés par le conjoint donataire, en un mot on peut appliquer à ce cas les art. 921, *in fine*, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 422, note 1, et 929, C. civ., *Voyez* ci-dessus, page 429, note 1.

[1] Ne peut se rencontrer aujourd'hui.

[2] Il n'y a plus de droit d'aînesse.

nation, cette action leur doit donc être acquise nonobstant cette clause; et si elle leur est acquise, ils la transmettent à leurs héritiers.

§ V. *Si les enfants du premier mariage peuvent, du vivant de leur mère donatrice, renoncer au bénéfice de cet édit?*

281. On convient assez régulièrement que les enfants ne peuvent pas renoncer, du vivant de la personne qui a fait la donation à leur préjudice, au bénéfice de l'édit.

La raison n'est pas qu'on ne peut répudier un droit, avant qu'il soit ouvert; car, si on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert, au moins rien n'empêche qu'on ne puisse convenir qu'on n'en usera pas, lorsqu'il viendra à être ouvert.

La vraie raison pour laquelle les enfants ne peuvent pas renoncer au bénéfice de l'édit, du vivant de leur mère, qui aurait fait une donation excessive à son second mari, c'est qu'une telle renonciation serait présumée n'avoir pas été faite avec une pleine liberté, mais par l'impression de l'autorité qu'une mère a sur ses enfants. La soumission que les enfants auraient, par cette renonciation, témoignée aux ordres de leur mère contre leurs intérêts, les rendant d'autant plus dignes de ses biens, ne doit pas être une raison pour les en exclure. D'ailleurs on ne doit pas laisser aux personnes qui se remarient ce moyen, qu'elles auraient très souvent, d'éluder la loi, en abusant de l'autorité qu'elles ont sur leurs enfants [1].

282. Il y a plus de difficulté de savoir si, dans le cas d'une donation mutuelle et égale faite entre une femme et son second mari, les enfants du premier lit peuvent, du vivant de leur mère, et par le contrat du second mariage, renoncer au bénéfice de l'édit.

Ricard, après Dumoulin, pense qu'ils le peuvent. La raison en est qu'en ce cas, ces enfants ont un motif tiré de leur intérêt, pour renoncer au bénéfice de l'édit, et qu'ils ne renoncent pas gratuitement au droit qu'ils pouvaient avoir un jour dans l'excès de la donation de leur mère, mais qu'ils y renoncent en conséquence de l'espérance qu'ils acquièrent de profiter des biens de leur beau-père, dans le cas où il prédécéderait leur mère. C'est une espèce de contrat aléatoire, que les enfants, conjointement avec leur mère, font avec leur beau-père, qui n'aurait pas donné ce qu'il a donné à sa femme, si lesdits enfants n'eussent promis de ne pas contester ce que la femme lui donnait de son côté. Il n'y a donc pas lieu de présumer, en ce cas-ci, que la renonciation que font les enfants au bénéfice de l'édit, leur ait été extorquée par l'autorité qu'avait sur eux leur mère, puisqu'il paraît un autre motif qui a pu y donner lieu [2].

283. Si, dans le cas d'un don mutuel égal, fait entre une femme et son second mari, les enfants avaient renoncé au bénéfice de l'édit, non par le contrat même, *sed ex intervallo*, du vivant de leur mère, en ce cas, comme ils n'auraient aucun intérêt à y renoncer, puisque, quand ils n'y auraient pas renoncé, ce don fait à leur mère par son second mari, n'en aurait pas moins subsisté, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette renonciation pourrait passer pour une conséquence de l'impression de l'autorité de leur mère, pour n'être pas parfaitement libre, et ne doit pas par conséquent être valable.

---

[1] C'est aussi par la raison qu'on ne peut renoncer à une succession non ouverte.

[2] Ce serait toujours un pacte sur une succession future, ou sur un droit qui en dépend.

que la femme lui en accorderait autant, dans le cas où il la survivrait, c'est plutôt un contrat aléatoire qu'une libéralité et une donation.

Néanmoins il faut dire qu'il doit être réservé aux enfants du premier lit; et la raison en est, qu'encore que ce ne soit proprement donation ni libéralité, néanmoins, conformément aux principes que nous venons d'établir, il suffit que le préciput soit un avantage, *lucrum nuptiale ;* il suffit que la femme l'ait à titre lucratif, qu'il ne lui ait rien coûté, pour qu'il doive être réservé aux enfants du premier mariage.

292. Observez que le préciput de la femme qui accepte la communauté, se confondant pour moitié sur sa part, il n'y a que l'autre moitié qu'elle prend sur la part de son mari, qui soit un avantage, et qui doive être réservé aux enfants du premier mariage; que si elle renonçait à la communauté, le préciput qui lui aurait été accordé, même en cas de renonciation, serait un avantage pour le total.

Il est aussi évident que le préciput du mari se confond pour le total, lorsque les héritiers de la femme renoncent. Le mari, en ce cas, n'est point obligé de rien réserver aux enfants de son premier mariage : s'ils acceptent, il doit en réserver la moitié.

293. Le douaire d'une femme en propriété, qui n'excède pas néanmoins la valeur du douaire coutumier, est-il sujet à la réserve ?— La raison de douter est que le douaire coutumier étant dû à la femme par le bénéfice de la loi, le *préfix* qui est accordé pour en tenir lieu, lorsqu'il n'excède pas la valeur du coutumier, est plutôt censé l'acquittement d'une dette qu'une libéralité. Aussi nous avons vu qu'il n'était pas compris dans la première partie de l'édit, et que le douaire accordé à la seconde femme, n'est pas regardé comme une donation qui lui soit faite, qui doive être réduite à la part d'enfant. Néanmoins il faut dire, dans cette seconde partie de l'édit, que le douaire qu'une femme a eu de son premier mari, doit être réservé aux enfants du premier mariage; car il suffit qu'elle l'ait pris dans les biens de son premier mari, à titre lucratif, en vertu d'une convention matrimoniale. On ne peut pas dire que, tant qu'il tient lieu du coutumier, c'est *exsolutio debiti;* car le douaire coutumier n'est pas une dette, puisqu'on peut y déroger.

294. L'inégalité d'apport en la communauté est un véritable avantage, que celui des conjoints qui apporte le plus, fait à celui qui apporte le moins. C'est pourquoi, si ma première femme a apporté en communauté avec moi 20,000 livres, et que je n'en aie apporté que 12,000, c'est un avantage qu'elle me fait de la moitié des 8,000 livres excédant. Je serai donc obligé, si je me remarie, de réserver 4,000 livres à mes enfants de mon premier mariage.

295. Les avantages que certaines coutumes accordent au survivant noble d'avoir les meubles, ne sont pas compris dans l'édit, le survivant ne les tenant d'aucune convention matrimoniale. A plus forte raison, ce que le survivant a eu de la succession de ses enfants, n'est pas sujet à l'édit.

Il est vrai que le droit romain oblige la femme de conserver aux enfants de son premier mariage, ce qu'elle a eu de la succession de quelqu'un de ses enfants; mais cela n'a pas été adopté par notre droit coutumier; et même, par le droit romain, cela n'avait lieu qu'à l'égard de la femme, et non à l'égard du mari.

Pareillement, ce qui a été donné à une femme en faveur du mariage, mais par quelques parents de son mari, n'est pas compris dans l'édit.

Cependant, si quelqu'un des parents du mari constituait un douaire sans retour, on pourrait peut-être dire qu'il serait compris dans l'édit, par la raison qu'un mariage ne se contractant pas régulièrement sans douaire, et le douaire étant une espèce de condition de mariage, le parent du mari qui l'a constitué

à la femme, peut être censé l'avoir fait pour et au nom du mari; d'où il suit que ce douaire peut être considéré comme venant du mari.

On ne pourrait pas dire la même chose d'une donation; car, comme ce n'est pas une dépendance du contrat de mariage, que le mari fasse des donations à sa femme, rien n'oblige de supposer que le parent du mari, qui les a faites à la femme, les lui ait faites pour et au nom du mari.

Il est évident que l'intérêt civil, qu'a une veuve pour l'assassinat de son premier mari, n'est pas compris dans l'édit; car cet intérêt civil ne provient pas du mari, quoique ce soit à l'occasion du mari qu'il lui soit adjugé.

§ II. *De l'effet du second chef de l'édit.*

296. L'édit ordonne deux choses à l'égard des biens dont il a été parlé au paragraphe précédent :

1° Que la femme n'en puisse faire aucune part à son nouveau mari. On ne doit donc pas les compter parmi les biens dont la femme peut donner à son second mari une part d'enfant ;

2° L'édit ordonne qu'elle soit tenue de réserver ces biens aux enfants communs d'elle et du mari, de la libéralité duquel elle les a eus.

297. L'édit est différent de la loi romaine. Celle-ci dépouillait la femme qui se remariait, dès l'instant de son second mariage, de la propriété de ces biens, et la transférait aux enfants du premier lit, en réservant seulement l'usufruit à la mère. L'édit ne dépouille pas la femme qui se remarie de la propriété de ces biens; mais il lui ordonne de les réserver à ses enfants du premier lit : c'est donc une espèce de fidéicommis légal dont elle est chargée envers ses enfants.

298. De là il suit : 1° que les enfants du premier lit ne peuvent disposer de ces biens du vivant de leur mère, ni les transmettre dans leur succession, s'ils meurent avant elle;

2° Que s'ils venaient tous à mourir avant elle, ce fidéicommis légal se trouvant éteint par leur mort, toutes les dispositions que la femme aurait faites de ces biens, et même les donations qu'elle en aurait faites à son second mari, seraient valables ;

3° Que, lors de la mort de la mère, qui est l'échéance de ce fidéicommis légal, les enfants du premier lit recueillent ces biens, comme étant substitués par la loi à leur profit; d'où il suit :

1° Qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers pour les recueillir;

2° Que les enfants du second lit ne les partagent point avec eux ;

3° Qu'ils ne sont pas tenus, pour cela, d'une plus grande part des dettes de leur mère;

4° Que si les biens ne se trouvent pas en nature, ils doivent en prélever le prix sur la succession de leur mère, comme en étant créanciers ;

5° Que cela ne leur est point imputé sur la légitime qui leur appartient dans les biens de leur mère ;

6° Qu'à l'exemple de l'hypothèque qui a lieu pour les substitutions, ils ont une hypothèque sur les biens de leur mère du jour de son second mariage, jour auquel s'est contracté le fidéicommis légal;

7° Qu'ils peuvent évincer les tiers acquéreurs de ces biens, à moins qu'ils ne fussent héritiers de leur mère, qui les avait vendus; car étant, en cette qualité d'héritiers, tenus de la garantie envers l'acquéreur, ils n'y seraient pas recevables, suivant la règle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

299. Ne pourrait-on pas dire que, suivant la nouvelle ordonnance des substitutions, ils y seraient recevables, en offrant, pour la portion dont ils sont héritiers, le prix qu'en a payé à leur mère le tiers acquéreur ?— Je ne le pense

pas; car ce que la nouvelle ordonnance a établi en faveur des substitutions testamentaires, étant établi par de sages vues à la vérité, mais contre la raison de droit, ne doit pas être étendu à cette substitution légale, suivant cette règle : *Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Mais si les enfants ne peuvent, en ce cas, évincer les tiers acquéreurs, ils doivent avoir remploi du prix que leur mère remariée, qui les a vendus, en a reçu.

La donation n'obligeant pas à la garantie, il s'ensuit que les enfants, quoique héritiers de leur mère, peuvent évincer les donataires de ces biens.

300. Si la femme, qui s'est remariée, avait aliéné ces biens avant son second mariage, les enfants du premier mariage n'en auraient pas moins le droit d'évincer les acquéreurs (Novelle 22, ch. 26); car la femme n'a la propriété des biens qui lui ont été donnés par son premier mari, qu'à la charge de la restitution à ses enfants, dans le cas où elle se remarierait. Cette condition est attachée par la loi à la donation qui lui en a été faite, et y est inhérente; et par conséquent, ces biens ne passent aux tiers acquéreurs que sous cette condition[1].

301. Par la novelle de Justinien, la mère qui s'était remariée, ne pouvait avantager de ce qui lui venait d'un premier mariage, même un des enfants de ce mariage, au préjudice des autres; ce qui est une conséquence du principe qu'elle était dépouillée de ces biens. Lebrun pense que cela ne doit pas être observé parmi nous, parce que la mère n'est pas dépouillée, mais simplement chargée d'une substitution légale au profit des enfants de son premier mariage; mais ne suffit-il pas que, par ce fidéicommis légal, la femme soit devenue débitrice de ces biens envers ses enfants, pour qu'elle ne puisse disposer de ces biens au profit de l'un desdits enfants, au préjudice des autres qui sont également appelés au fidéicommis légal, comme celui au profit de qui elle en aurait disposé? Il faudrait, pour soutenir le sentiment de Lebrun, dire que l'édit a rendu ces enfants du premier lit créanciers solidaires de ces biens : *Correos credendi quorum natura est, ut solutio uni facta à cæteris liberet* : mais cela ne se peut pas dire, parce que, *correi credendi non intelliguntur nisi hoc sit expressum.*

Aussi Duplessis et Ricard sont d'avis contraire à Lebrun.

302. Si le premier mari avait donné ses biens à sa femme, à la charge de les restituer à ceux de ses enfants qu'elle choisirait, Duplessis pense qu'elle conserverait ce choix en se remariant; car on peut dire que le mari ayant pourvu par lui-même, par un fidéicommis, à la conservation de ces biens pour ses enfants, il n'y a pas lieu au fidéicommis légal de l'édit : *Provisio hominis derogat legis provisioni.*

303. Les héritages donnés par un premier mari à la femme qui s'est remariée, sont-ils propres paternels ou maternels dans la personne des enfants du premier lit qui les ont recueillis? Suivant nos principes, ces biens n'étant pas recueillis par les enfants du premier lit, à titre d'héritiers de leur mère, ni pour leur en tenir lieu dans sa succession, mais comme des biens de leur père, qui, au moyen du second mariage de leur mère, se trouvent ne lui ap-

---

[1] C'était là, à notre avis, une interprétation bien rigoureuse de l'édit : défendre la libéralité au profit du second conjoint, ce n'est pas défendre les aliénations à titre onéreux; les expressions *seront tenues les réserver aux enfants communs, etc.*, pouvaient très bien être considérées comme le complément de la phrase prohibitive des libéralités, car cette prohibition était certainement l'idée principale du législateur.

partenir qu'à la charge de les leur restituer, il s'ensuit qu'ils ne sont pas propres maternels, mais propres paternels. Ils sont donataires de leur père au second degré, comme si leur père eût donné ces biens à la charge de les leur restituer. La loi supplée à ce que leur père a manqué de faire.

C'est l'avis de Ricard et de Dumoulin. Duplessis et Lebrun soutiennent l'avis contraire, qu'ils appuient de raisons qui ne méritent pas de réponse.

§ III. *A quels enfants doivent être réservés les biens donnés à leur mère?*

304. C'est aux seuls enfants du mariage de celui qui a donné les biens à sa femme qui s'est remariée, que les biens doivent être réservés.

Il n'est pas nécessaire, pour les recueillir, qu'ils soient héritiers de leur mère, ainsi que nous l'avons déjà observé : il n'est pas nécessaire non plus qu'ils l'aient été de leur père ; car l'édit ne leur réserve ces biens qu'en qualité d'enfants.

305. Celui, néanmoins, qui aurait été justement exhérédé par son père, n'y peut rien demander ; car, si l'exhérédation le rend indigne de recueillir les biens de son père à titre de succession, elle le doit rendre, à plus forte raison, indigne de les recueillir en vertu de l'édit.

306. Celui qui est indigne, par rapport aux biens de son père, d'avoir part même au droit commun des successions, doit, à plus forte raison, être réputé indigne d'un bénéfice particulier de la loi. Tel est celui de l'édit.

307. Celui qui n'aurait pas été exhérédé par son père, mais par sa mère, pourrait-il y prendre part ?—On peut dire que l'exhérédation de la mère ne peut priver les enfants que de son bien ; que ces biens, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant déférés aux enfants du premier lit, non comme biens de leur mère, mais comme biens de leur père, celui qui n'a été exhérédé que par la mère, doit y avoir part. — On peut dire, d'un autre côté, que le motif de l'édit est tiré du devoir d'amour et de tendresse, que les femmes doivent conserver pour les enfants de leur premier mariage, auquel devoir l'édit ne permet pas aux femmes de manquer. C'est ce qui résulte des termes de l'édit : « Comme les femmes veuves....., mettant en oubli le devoir de nature envers leurs enfants, de l'amour desquels, tant s'en faut « qu'elles s'en dussent éloigner par la mort des pères, que les voyant destitués de secours, elles devroient s'exercer à leur faire le double office de « père et de mère. » Que si le motif de l'édit, dans ces deux dispositions, est tiré du devoir d'amour envers les enfants, il s'ensuit que, lorsque les enfants s'en sont rendus indignes, le motif de l'édit cesse ; et, par conséquent, la raison de la loi cessant, la loi doit cesser à l'égard de tels enfants.

308. Quoique l'édit, en la seconde partie, ne s'exprime par sur les petits-enfants en termes exprès, comme il le fait en la première partie, néanmoins il n'est pas douteux que les *petits-enfants* sont compris dans cette seconde partie sous le terme général *d'enfants*, auxquels l'édit ordonne à la femme qui se remarie, de réserver les biens qu'elle a eues de leur père, et que les petits-enfants doivent venir par représentation au partage de ces biens. Les mêmes raisons, sur lesquelles l'édit est fondé, se rencontrent à l'égard des petits-enfants, comme à l'égard des enfants. La femme qui se remarie, est obligée envers eux aux mêmes devoirs d'amour. Les droits, les espérances des petits-enfants aux biens de leurs parents, sont les mêmes que ceux des enfants propres : la femme doit donc être également tenue de les leur conserver.

309. On demande si l'aîné des enfants doit avoir droit d'aînesse dans les biens donnés à la femme, qui s'est remariée, par son premier mari ?—Il semble qu'il ne doit point y avoir de droit d'aînesse ; car le droit d'aînesse est dû à l'aîné en qualité d'héritier ; or, nous avons dit que ces biens appartenaient,

aux enfants, non en qualité d'héritiers, mais en leur seule qualité d'enfants du premier lit. Ricard, néanmoins, décide que l'aîné doit avoir droit d'aînesse dans ces biens. Son sentiment peut être fondé sur une raison à peu près semblable à celle alléguée sur le premier chef de l'édit; savoir : que l'édit ordonne que ces biens soient conservés aux enfants du premier mariage, afin que les enfants qui souffrent un préjudice du mariage de leur mère, qui ordinairement transporte son amour à un nouveau mari et à de nouveaux enfants, ne souffrent pas un autre préjudice des donations que leur père lui a faites; et comme l'aîné souffrirait le plus de la donation, il doit avoir à proportion plus de part au bénéfice de l'édit qui conserve les biens de leur mère.

§ IV. *Quelques cas dans lesquels la disposition de l'édit doit cesser.*

310. On demande si la disposition de l'édit, qui oblige la femme qui s'est remariée à conserver à ses enfants du premier lit ce qu'elle a eu à titre lucratif de son premier mari, doit cesser lorsque, lors de sa mort, elle ne laisse pas d'autres biens à ses enfants du second lit?— Selon nos principes, il faut dire que sa disposition ne doit pas cesser d'avoir lieu ; qu'en vain les enfants du second lit réclameraient leur légitime, parce que la légitime ne se prend que dans ce qui reste après les dettes payées, et que, s'il ne reste rien, il n'y a point de légitime; or, la restitution de ces biens aux enfants du premier lit, est une dette que la femme a contractée en se remariant, ou, pour mieux dire, qu'elle a contractée par la donation même, qui est censée n'être faite que sous la condition de cette restitution, dans le cas où elle se remarierait.

Duplessis convient que notre décision est conforme à la rigueur du principe ; mais il dit que l'équité pourrait peut-être faire décider autrement, selon les circonstances. Cette limitation souffre difficulté.

311. On demande si, lorsque le second mari est mort sans enfants, la femme recouvre la liberté de disposer des choses qui lui ont été données par son premier mari? — Duplessis et Lemaître décident pour l'affirmative. Leur moyen est de dire que le second mariage cessant, et n'en restant aucun vestige, lorsque le second mari est mort sans enfants, la cause qui donnait lieu à la prohibition de disposer, cesse; et par conséquent cette prohibition qui en est l'effet, cesse aussi ; *Cessante causâ, cessat effectus.* Cette décision me paraît porter sur un faux fondement. Le second mariage n'est pas, à proprement parler, la cause de la prohibition de disposer. Cette cause est le fidéicommis légal, inhérent à la donation dans le cas du second mariage : ce second mariage est seulement la condition d'où dépend le fidéicommis ; et il suffit qu'il ait existé, pour qu'il y ait lieu au fidéicommis légal, lors de la mort de la femme, qui est la seconde condition d'où il dépend ; or, la condition du convol en secondes noces n'a pas moins existé, quoique le second mari soit mort sans enfants. Au reste, tous conviennent que, lorsqu'il y a des enfants du second mariage, la prohition dure.

§ V. *Si les enfants du premier lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari ?*

312. Il y a des auteurs qui le disent; mais leur sentiment est sans aucun fondement.

Art. IX. — De l'extension que les coutumes de Paris et d'Orléans ont apportée à l'édit, à l'égard des conquêts du premier mariage?

313. La communauté que la femme qui se remarie, a contractée avec son premier mari, n'étant pas de sa nature un titre lucratif, mais un contrat de commerce où chacun apporte de son côté, il s'ensuit que les biens de cette communauté ne sont pas compris en la seconde disposition de l'édit, et que la

femme peut en disposer, et même les donner, ainsi que ses autres biens, jusqu'à concurrence d'une portion d'enfant, à son second mari.

314. Les coutumes de Paris et d'Orléans, par une disposition qui leur est particulière, ont donné une extension à l'édit, en défendant à la femme qui se remarie, d'avantager, en aucune manière, des conquêts d'une précédente communauté, son second et autres subséquents maris, et même d'en disposer envers toutes autres personnes, au préjudice des portions que les enfants des précédents lits pourraient amender d'elle dans lesdits conquêts[1].

§ Ier. *Quels biens sont compris dans cette disposition?*

315. On a agité la question : Si le terme de conquêts, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, comprenait les biens, tant mobiliers qu'immobiliers de la première communauté ; ou s'ils devaient être restreints aux immeubles?

On peut dire d'un côté, qu'encore que le terme de *conquêts* soit un terme générique, capable de signifier « tout ce qui a été acquis durant la communauté, soit meuble, soit immeuble, » néanmoins, dans l'usage de parler, on l'entend plutôt des *immeubles* que des *meubles*. D'ailleurs, la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer le mobilier acquis durant la première communauté, d'avec celui acquis avant et depuis ; et le peu d'attention que nos lois ont coutume d'avoir pour les meubles, sont des raisons qui portent à croire que nos coutumes n'ont entendu parler que des immeubles dans cette disposition. Ces raisons sont fortes, et on rapporte un arrêt de 1653, qui a jugé en conformité : mais, depuis, il a été jugé par un célèbre arrêt du 4 mai 1697, et un autre de 1698, appelé l'arrêt de Garanger, et qui ont fixé sur ce point la jurisprudence, que la coutume de Paris comprenait dans sa disposition, sous le terme de *conquêts*, tous les biens acquis durant la première communauté, tant les meubles que les immeubles. Ces arrêts sont fondés sur ce que le terme de *conquêts* renfermait tant les meubles que les immeubles, et ne doit pas être restreint aux seuls immeubles. La preuve en est que, dans d'autres articles de la coutume, les immeubles acquis pendant une communauté ne sont pas appelés simplement *conquêts*, mais *conquêts immeubles*.—Ajoutez à cela que la coutume de Paris, dans sa première disposition, lorsqu'elle dit, que « femme qui se remarie, ne peut avantager son second mari de ses propres et *acquêts*, plus que l'un de ses enfants,» ayant renfermé sous ce terme, *acquêts*, tous les biens qui ne sont pas propres, soit meubles, soit immeubles, elle a fort bien pu aussi comprendre, sous le terme de *conquêts*, les meubles acquis pendant la communauté, ainsi que les immeubles. Enfin, la vue de la coutume ayant été d'empêcher que les gains d'une première communauté fussent transférés au second mari, les meubles se trouvent également renfermés, comme les immeubles, dans la vue qu'a eue la loi, et sur laquelle cette disposition est fondée.

316. C'est une autre question : Si ce que la femme a apporté en communauté, pour la part qu'elle y a, est sujet à cette disposition? — On peut dire pour la négative qu'il y a grande différence entre ce que la femme a apporté elle-même en communauté, et ce qui a été acquis durant la communauté, ce qui a été acquis pendant la communauté ayant été acquis à la femme par les travaux du mari ; que si la femme ne tient pas proprement de son premier mari la part qu'elle y a, puisqu'elle l'a de son chef, au moins elle lui en est en quelque façon redevable. C'est pourquoi ces biens ayant quelque affinité avec ceux compris dans le second chef de l'édit, la coutume y a étendu une partie de la disposition de ce second chef de l'édit, en défendant à la femme d'en avantager son second mari, n'ayant pas paru équitable que les travaux du premier mari servissent à enrichir le second. Or ces raisons ne se rencontrent pas à

---

[1] Cette extension est également étrangère à nos lois nouvelles.

l'égard des biens que la femme a mis elle-même dans sa première communauté ; d'où il semble qu'on doit conclure qu'ils ne sont pas compris dans la disposition de la coutume.

Néanmoins Berroyer et Laurière, dans leurs notes sur Duplessis, disent que c'est un des points établis par l'arrêt de Garanger, ci-dessus cité, que la femme ne peut avantager son second mari, même des choses qu'elle avait mises elle-même dans la communauté. La raison sur laquelle est fondé cet arrêt, est que le terme de *conquêts* faits avec ses précédents maris, est un terme général qui comprend tout ce qui a fait partie de la communauté, tant ce qui a été apporté par les conjoints, que tout ce qui a été acquis depuis ; que l'intention des contractants, dans l'apport qu'ils font à la communauté, est que les choses que l'un des conjoints y apporte, sortissent la même nature, et soient susceptibles du même droit que les autres conquêts dans tout ce qui concerne l'intérêt de l'autre conjoint et de ses enfants.

§ III. *De la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts.*

317. La coutume d'Orléans met cette différence entre le second mari et les étrangers, qu'elle défend absolument à la femme qui se remarie d'avantager son second mari, en aucune manière, des conquêts de sa première communauté ; au lieu qu'elle ne lui défend de disposer, soit à titre de donation, soit à titre onéreux, envers des étrangers, que des portions des conquêts que ses enfants du premier lit auraient pu avoir en sa succession, si elle n'en eût pas disposé.

318. La donation faite au second mari d'un conquêt, est donc nulle pour le total ; et le second mari ne peut retenir, dans le conquêt qui lui a été donné, les portions qu'y auraient les enfants du second lit, s'il ne lui eût pas été donné, en disant que la donation qui lui en a été faite, n'étant nulle qu'en faveur des enfants du premier lit, elle ne doit être nulle que pour leur portion ; car s'il pouvait dire cela, il ne se trouverait aucune différence entre lui et les étrangers. Cependant il y en doit avoir une, la coutume l'ayant évidemment exprimée en ces termes : « Quant aux conquêts, elle n'en peut aucunement « avantager son second mari. Toutefois peut disposer d'iceux à autres per- « sonnes, sans que cette disposition puisse préjudicier en aucune façon aux « portions que les enfants du premier mariage pourraient amender de leur « mère ». Ce terme *toutefois,* établit disertement une différence entre le second mari et les étrangers, et ne laisse aucun lieu de douter que les donations de conquêts, faites au second mari, sont nulles en entier, et non pas seulement pour les portions des enfants du premier lit, ainsi que nous venons de l'établir.

319. Il est vrai que la disposition de la coutume n'étant faite qu'en faveur des enfants du premier lit, s'il ne s'en trouve aucun lors de la mort de la femme, les enfants du second lit ne pourront pas attaquer de nullité la donation faite à leur père, de même que, dans le cas du second chef de l'édit, ils ne pourraient pas, s'il n'y avait aucun enfant du premier lit, faire réduire la donation faite à leur père, qui excéderait une part d'enfant. Mais, de même que, dans le cas du premier chef de l'édit, les enfants du premier lit, quand il y en a lors de la mort de la mère, communiquent à ceux du second le droit qu'ils ont de faire retrancher ce qu'il y a d'excessif dans la donation faite à leur père, et qu'ils partagent tous ensemble ces biens retranchés, lesquels venant de leur mère commune, sont des biens auxquels ils ont tous un droit égal, de même, dans le cas de la coutume, les enfants du premier lit, lorsqu'il s'en trouve lors du décès de leur mère, communiquent à ceux du second lit le droit qu'ils ont de faire annuler la donation des conquêts, et les partagent tous ensemble, comme étant des biens de leur mère commune, qu'elle n'a pu donner.

320. Observez que, de même que, dans le cas du premier chef de l'édit, il n'est pas nécessaire que les enfants soient héritiers de leur mère, qui a fait la donation à son second mari, pour avoir part aux biens retranchés : il n'est pas pareillement nécessaire qu'ils le soient, pour partager les conquêts donnés au second mari; car la femme s'en étant dépouillée par la donation qu'elle en a faite à son second mari, et qui, vis-à-vis d'elle, est valable, et n'est nulle qu'au respect de ses enfants, ces conquêts ne se trouvent plus dans sa succession, et ne peuvent par conséquent appartenir à ses enfants à titre de succession, mais seulement par le bénéfice de la loi, qui leur donne une action révocatoire de la donation.

321. On peut faire encore d'autres questions semblables à celles que nous avons faites touchant le premier chef de l'édit, et qui se décident par le même principe.

Il n'en est pas de même des autres personnes comme du second mari. Les donations et les ventes que la femme qui s'est remariée a faites à d'autres personnes, ne sont, comme nous l'avons déjà dit, révocables que pour les portions des enfants du premier lit, et elles tiennent pour le surplus. Ceux du second ne participent point à l'action révocatoire, qui n'est accordée à ceux du premier, que pour leurs portions.

Il faut même que les enfants du premier lit, auxquels cette action révocatoire est accordée, renoncent à la succession de leur mère, pour qu'ils puissent répéter leur portion des conquêts vendus; car, s'ils sont héritiers, ils succèdent à l'obligation de garantie; et cette obligation exclut leur action.

Que si c'est à titre de donation que la mère a disposé, comme la donation ne produit pas d'obligation de garantie, il s'ensuit que les enfants du premier lit pourront, quoiqu'héritiers de la mère, répéter leurs portions contre les donataires des conquêts.

De là naît un inconvénient; car les enfants du second lit n'ayant pas le même droit, il se trouvera que les enfants du premier lit, venant à la succession de leur mère, seront plus avantagés dans les biens de leur mère que ceux du second, venant également comme eux à la succession; ce qui est contraire aux principes de notre droit français, en matière de succession.

322. Observez que la coutume ne met une différence entre les seconds maris et les autres personnes, que pour le titre de donation, ainsi qu'il résulte de ces termes, *ne peut aucunement avantager*. Quant aux titres onéreux et de commerce, le mari se trouve confondu avec les autres personnes dans la prohibition générale faite à la femme de disposer.

Lors donc que la femme a apporté en la communauté de son second mari des conquêts de la première communauté, contre autant de bien que le second mari a apporté de son côté, cet apport égal étant un contrat onéreux, les enfants du premier lit renonçant à la communauté, et même à la succession de leur mère, ne pourront répéter contre le second mari leurs portions dans les conquêts apportés en communauté.

323. Il reste une question de savoir si la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les autres personnes, touchant la disposition des conquêts, a aussi lieu en la coutume de Paris.—De la manière qu'elle s'explique, il semble qu'elle confonde le second mari avec les autres personnes; car, sans faire aucune distinction des personnes, elle s'exprime ainsi : « *et « quant aux conquêts faits avec ses précédents maris*, n'en peut disposer au « préjudice des portions dont les enfants du premier mariage pourraient « amender»

§ III. *En quoi diffèrent les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, touchant les conquêts, et le second chef de l'édit, touchant les choses données par le premier mari?*

324. La principale différence, d'où naissent toutes les autres, est que le second chef de l'édit ordonne à la femme qui se remarie, de conserver aux enfants du précédent mariage, à l'exclusion de tous autres, ce qui lui a été donné par leur père; au lieu que les coutumes de Paris et d'Orléans n'ordonnent pas à la femme qui se remarie de conserver les conquêts qu'elle a d'un précédent mariage; mais elles lui défendent seulement d'en avantager son second mari, et même d'en disposer en faveur de quelque personne que ce soit, au préjudice des parts que les enfants du premier mariage pourraient prétendre en sa succession dans lesdits conquêts, si elle n'en eût disposé.

325. La raison de différence est que les biens qui ont été donnés à la femme par son premier mari, peuvent être considérés comme des biens de son premier mari, qu'il n'a donnés à sa femme, qu'à la charge de les restituer à sa mort à ses enfants, dans le cas où elle se serait remariée. L'édit supplée à la donation qui en a été faite cette clause de substitution légale, à laquelle l'existence des deux conditions de remariage et de la mort de la femme donnent lieu. C'est pour cette raison que l'édit les défère aux seuls enfants du premier lit. On ne peut pas dire la même chose des conquêts : quoique la femme soit redevable de ces conquêts aux soins et aux travaux de son mari, néanmoins ces conquêts, qui, par le partage de la communauté, sont tombés dans son lot, sont des biens qui ne lui viennent pas de son mari, qui sont même censés n'avoir jamais appartenu à son mari, mais avoir toujours, et dès le temps de leur acquisition, appartenu à la femme, suivant l'effet rétroactif des partages; et par conséquent ils ne peuvent être considérés autrement que comme des biens de la femme, auxquels, par conséquent, tous les enfants de cette femme, tant ceux du second que ceux du premier lit, ont un droit égal.

Ces différences fondamentales, présupposées, entre le second chef de l'édit et la disposition de nos coutumes, il sera facile d'en parcourir toutes les espèces de différence, et d'en apercevoir les raisons

326. *Première différence.* — Il y a lieu au second chef de l'édit, lorsque la femme qui s'est remariée, meurt, soit qu'elle ait disposé, soit qu'elle n'ait pas disposé des choses qui lui ont été données par son premier mari; et ces choses appartiennent aux seuls enfants de son premier mariage, soit qu'ils soient héritiers de leur mère, soit qu'il ne le soient pas. Au contraire, il n'y a pas lieu à la disposition de nos coutumes, touchant les conquêts, lorsque la femme qui s'est remariée, est morte sans en avoir disposé; et ils se partagent comme biens de sa succession, entre tous ses enfants, tant du premier que du second lit, qui ne peuvent en ce cas y prendre part qu'en qualité d'héritiers de leur mère.

327. *Seconde différence.* — C'est que, selon les coutumes de Paris et d'Orléans, lorsque la femme a disposé des conquêts, il n'y a lieu à l'action révocatoire, que pour les portions des enfants du premier lit, et la disposition vaut pour le surplus; au lieu que, par le second chef de l'édit, la disposition que la femme qui s'est remariée, a faite des choses à elle données par son premier mari, est infirmée pour le total par les enfants du premier lit.

328. *Troisième différence.* — Il n'y a que les aliénations faites durant le second mariage, qui puissent recevoir atteinte pour les portions des enfants du premier lit. Celles faites auparavant n'en peuvent recevoir aucune, à moins qu'on ne justifie qu'elles eussent été faites en fraude, et dans le dessein d'en faire passer le prix au second mari, que la femme était sur le point d'épouser. Pareillement, celles faites depuis la dissolution du second mariage, ne peuvent

recevoir aucune atteinte : nos coutumes le décident en termes formels. Au contraire, par le second chef de l'édit, les enfants du premier lit peuvent revendiquer contre les tiers-acquéreurs les choses données par leur père à leur mère qui s'est remariée, en quelque temps que ce soit qu'elle en ait disposé, soit avant, soit depuis son second mariage.—La raison de différence est que, dans le cas du second chef de l'édit, c'est le second mariage qui donne lieu à la substitution légale des biens donnés à la femme, qui s'est remariée, par son premier mari, et non pas les aliénations que la femme en fait, puisque, quand même elle ne les aurait pas aliénés, la substitution ne laisserait pas d'avoir lieu au profit des enfants du premier mariage, comme nous l'avons vu ci-dessus; au lieu qu'à l'égard des conquêts, la coutume n'ayant fait autre chose que d'interdire à la femme qui s'est remariée d'aliéner les conquêts de son premier mariage, au préjudice des portions des enfants du premier lit, la substitution légale de ses conquêts, au profit desdits enfants, ne peut naître que de l'aliénation même qui en est faite contre la défense de la loi. Il n'y a que celles faites durant le second mariage, qui soient faites contre la défense de la loi : il n'y a donc que celles-là qui puissent donner lieu à la substitution légale des conquêts au profit des enfants.

329. *Quatrième différence.* — Les biens que les enfants recueillent, en vertu de la substitution légale du second chef de l'édit, leur sont, comme nous l'avons décidé en l'article précédent, propres paternels, comme étant censés n'avoir été donnés à leur mère, qu'à la charge de les leur rendre. Au contraire les conquêts, dans le cas de nos coutumes, leur sont propres maternels par les raisons rapportées au commencement de ce paragraphe.

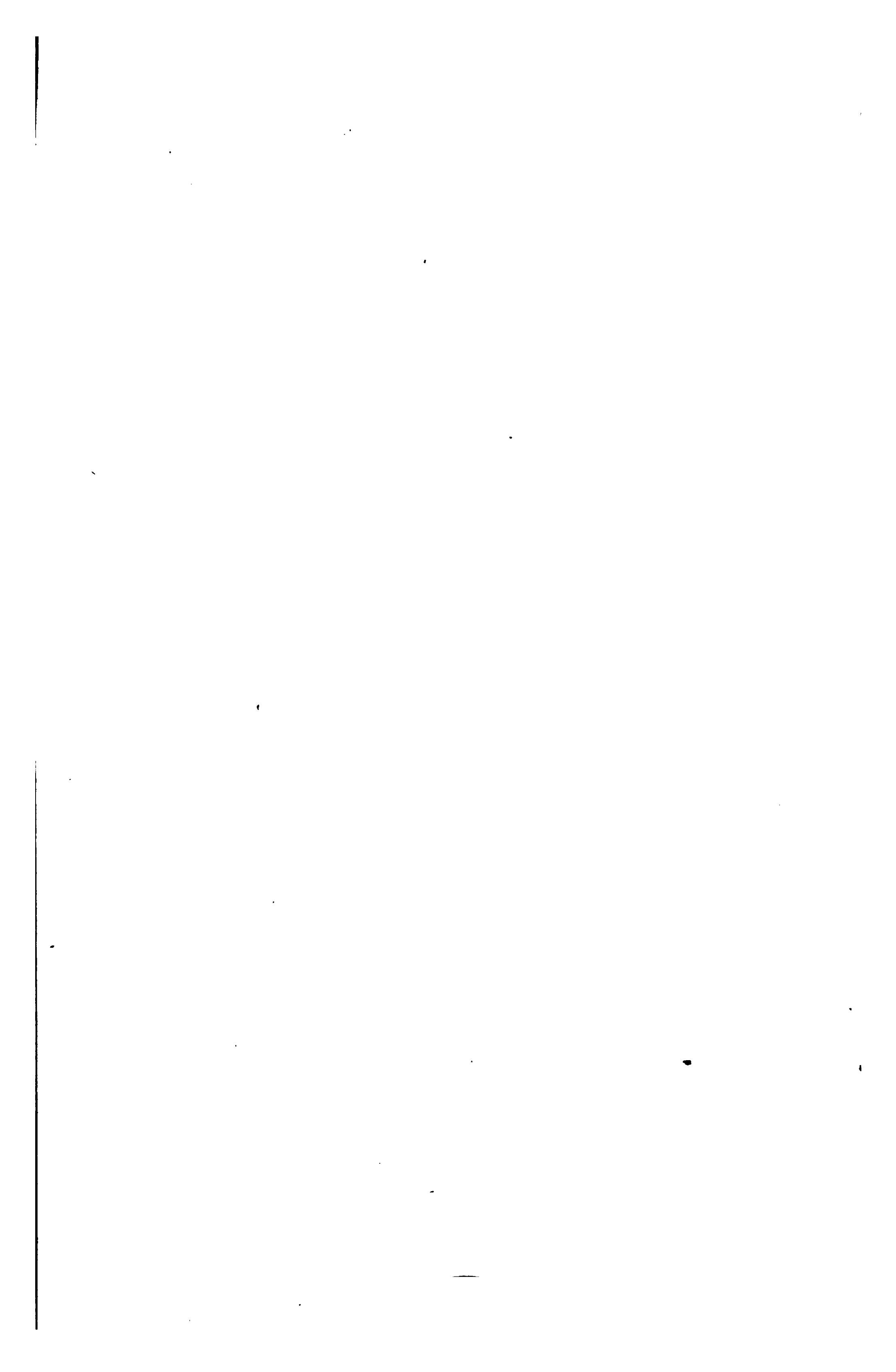
Quand les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu? et si elles s'étendent à l'homme qui se remarie?

330. Les dispositions des coutumes, touchant la défense qui est faite à la femme qui se remarie de disposer des conquêts, au préjudice des portions des enfants du premier lit, cessent par la dissolution du second mariage. Nos coutumes déclarent formellement qu'elle recouvre la faculté d'en disposer à son gré.

La disposition de ces coutumes cesse encore plus par le prédécès des enfants du premier mariage avant leur mère.

331. Quant à la question: Si la disposition de ces coutumes devait s'étendre à l'homme qui se remarie, elle a fait difficulté autrefois. Plusieurs pensaient qu'elle ne devait pas s'y étendre, la même raison ne militant pas pour l'homme comme pour la femme. L'homme ayant la part principale à l'administration des affaires de la communauté, et en étant même le seul administrateur, c'est à ses soins, à ses travaux, que la femme est redevable des acquisitions qu'elle a faites avec lui; ce qui l'oblige plus particulièrement à conserver aux enfants qu'elle a eus avec lui, les portions qu'ils doivent amender dans ces conquêts, et c'est peut-être ce qui a servi de motifs aux dispositions de nos coutumes; or, cette raison étant particulière à la femme, il paraissait s'ensuivre que la disposition de ces coutumes ne devait pas être étendue à l'homme. Cependant, par l'arrêt de 1697, que nous avons déjà cité, et qui a fixé la jurisprudence, il a été jugé que l'homme qui se remarie, ne pouvait pas avantager sa seconde femme des conquêts de sa première communauté : et en ce point, la disposition de ces coutumes a été étendue à l'homme. Elle ne l'est pas néanmoins en tout point; car il paraît par l'arrêt de Sourdeval, que toutes sortes de dispositions faites à d'autres personnes qu'à une seconde femme, ne sont pas interdites à l'homme qui s'est remarié, comme elles le sont à la femme.

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.



TRAITÉ

DES

SUBSTITUTIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Nous n'avons dans le pays coutumier que deux espèces de substitutions, la *substitution vulgaire* ou *directe*, et la *substitution fidéicommissaire*.

La *pupillaire* et l'*exemplaire* n'y sont point admises[1].

La *substitution vulgaire ou directe*, est celle par laquelle je lègue quelque chose à quelqu'un, au cas que celui à qui je l'ai léguée en premier lieu ne recueille pas le legs[2].

Par exemple, si je lègue ainsi : *Je fais Pierre mon légataire universel, et à son défaut ou refus, Paul.* La disposition faite au profit de Paul, est une substitution vulgaire ou directe.

2. La *substitution fidéicommissaire* est la disposition que je fais d'une chose au profit de quelqu'un par le canal d'une personne interposée, que j'ai chargée de lui remettre.

Par exemple : *Je fais Pierre légataire universel de mes biens, et je veux qu'il les restitue, après sa mort, à Paul.* La disposition que je fais de mes biens au profit de Paul, est une substitution fidéicommissaire, parce que Paul, au profit de qui la substitution est faite, ne doit pas recueillir mes biens directe-

---

[1] Le Code ne s'est point occupé de la substitution pupillaire et exemplaire : ce silence suffit pour décider qu'elles ne sont point admises parmi nous : car il faudrait une disposition expresse pour les autoriser.

[2] *V.* art. 898, C. civ. Ce n'est point une substitution dans le sens de la prohibition de l'art. 896, C. civ.

Art. 896 : « Les substitutions sont « prohibées.—Toute disposition par la« quelle le donataire, l'héritier institué, « ou le légataire, sera chargé de con« server et de rendre à un tiers, sera « nulle, même à l'égard du donataire, « de l'héritier institué, ou du légataire. « Néanmoins les biens libres formant la « dotation d'un titre héréditaire que le « roi aurait érigé en faveur d'un prince « ou d'un chef de famille, pourront « être transmis héréditairement, ainsi « qu'il est réglé par l'acte du 30 mars « 1806 et par celui du 14 août sui« vant. »

Art. 898 : « La disposition par la« quelle un tiers serait appelé à re-

ment, mais par le canal de Pierre, personne interposée, que j'ai chargée de lui remettre [1].

3. On peut faire tout à la fois l'une et l'autre substitution, par le terme général de *substituer*, comme lorsqu'il est dit : *Je fais Pierre mon légataire universel, et je lui substitue Paul.* Ces termes comprennent, et la substitution vulgaire et la fidéicommissaire, et non-seulement Paul est appelé dans le cas auquel Pierre ne recueillerait pas le legs; mais même dans le cas auquel Pierre le recueillerait, il est censé grevé de le restituer, après sa mort, à Paul [2].

On appelle cette forme de substituer, *substitution compendiaire.*

4. Dans la substitution fidéicommissaire comme dans la vulgaire, celui au profit de qui la substitution est faite, est celui qu'on appelle *le substitué*, celui qui est chargé de restituer les choses qui font l'objet de la substitution, s'appelle *le grevé.*

5. On divise les substitutions, tant vulgaires que fidéicommissaires, en *simples* et *graduelles.*

Les *simples* sont celles qui n'ont qu'un degré, telles que celles dont les exemples sont rapportés ci-dessus.

Les *graduelles* sont celles qui contiennent plusiers degrés; comme lorsqu'*après avoir substitué Paul à Pierre, je substitue Jacques à Paul, Christophe à Jacques.*

6. On peut les diviser encore, à raison de leurs objets, en *substitutions universelles* et *substitutions des choses particulières.*

C'est des substitutions fidéicommissaires dont nous nous proposons de traiter ici, nous traiterons :

1° Des actes par lesquels elles peuvent être faites, de leurs différentes natures, suivant les différents actes qui les contiennent, et de leurs formalités tant intrinsèques qu'extrinsèques ;

2° Des termes qui expriment ou non les substitutions, soit simples, soit graduelles, et quand on doit ou non en supposer de tacites ;

3° De l'interprétation des substitutions, conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, et de l'interprétation de quelques espèces particulières de substitutions;

4° Des personnes qui peuvent faire des substitutions, de celles qui peuvent y être appelées, ou en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence, et des choses qui en sont l'objet ;

5° De leur effet avant l'ouverture;

6° De leurs ouvertures, et des actions qui en naissent;

7° Des manières dont elles s'éteignent.

« cueillir le don, l'hérédité ou le legs, « dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le « recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera « valable. »

[1] Voilà la disposition prohibée par l'art. 896. *V.* la note précédente.

[2] Il faudrait, sous l'empire des lois nouvelles, interpréter cette disposition seulement dans le sens de la substitution vulgaire.

SECTION PREMIÈRE.

Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires, de leurs différentes natures, suivant les différents actes qui les contiennent, et de leurs formalités, tant intrinsèques qu'extrinsèques.

ART. Ier. — Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires.

7. Les substitutions fidéicommissaires se font le plus communément par testament; elles se peuvent faire aussi par des actes de donation entre-vifs, étant permis à un donateur de prescrire telle loi que bon lui semble à sa donation [1].

8. Lorsque je fais à quelqu'un donation de mes biens, ou d'une chose particulière, je peux la lui faire, « à la charge qu'il restituera ce que je lui donne à un tiers après sa *mort*[2], ou lors de l'événement d'une certaine *condition*[3]. » Or, cette charge que j'impose à mon donataire « de restituer ce que je lui donne à un tiers, » est une vraie substitution fidéicommissaire : on peut donc faire des substitutions fidéicommissaires par des donations entre-vifs; il n'est pas même nécessaire que le substitué intervienne pour cela dans l'acte de donation, et qu'il y stipule lui-même du donataire que les choses lui seront restituées lors de l'événement de la condition. Cette substitution peut se faire même sans que le substitué le sache, même quoique le substitué ne soit pas encore né, ni même *conçu* [4]. Cela paraît contraire aux principes du droit, suivant lesquels il ne peut

---

[1]Le Code, et la loi du 17 mai 1826, supposent les substitutions faites dans un testament, ou dans une donation entre-vifs.

Loi du 17 mai 1826 : « *Article unique*. Les biens dont il est permis de « disposer aux termes des art. 913, « 915 et 916 du C. civ., pourront être « donnés en tout ou en partie, par acte « entre-vifs ou testamentaire, avec la « charge de les rendre à un ou plu- « sieurs enfants du donataire, nés ou « à naître, jusqu'au deuxième degré in- « clusivement.—Seront observés, pour « l'exécution de cette disposition, les « art. 1051 et suivants du Code civil « jusques et y compris l'art. 1074. »

[2]L'obligation de restituer à la mort du grevé est, à notre avis, le caractère distinctif des substitutions prohibées par les lois nouvelles. *V.* à ce sujet M. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 2, n° 441 et suivants.

[3]La charge de rendre à toute autre condition, qu'à l'époque de la mort du grevé, ne sera qu'une disposition conditionnelle permise par l'art. 1040, C. civ.

Art. 1040 : « Toute disposition tes- « tamentaire faite sous une condition « dépendante d'un événement incer- « tain, et telle, que, dans l'intention du « testateur, cette disposition ne doive « être exécutée qu'autant que l'événe- « ment arrivera ou n'arrivera pas, sera « caduque, si l'héritier institué ou le « légataire décède avant l'accomplis- « sement de la condition. »

[4]Voilà une des dérogations les plus notables aux principes généraux du droit; principes consacrés par l'art. 906, C. civ.

Art. 906 : « Pour être capable de re- « cevoir entre-vifs, il suffit d'être con- « çu au moment de la donation.—Pour « être capable de recevoir par testa-

résulter aucun droit des conventions, qu'au profit de parties contractantes, et non au profit d'un tiers, personne ne pouvant stipuler au profit d'un tiers, *nemo alteri stipulari potest* : aussi, par l'ancien droit romain, lorsqu'une donation avait été faite, à la charge de restituer la chose donnée à un tiers, ou de donner quelque chose à un tiers, et que le donataire n'exécutait pas la loi qui lui avait été imposée ; il n'y avait que le donateur qui eût action contre lui, pour révoquer sa donation, faute par lui de satisfaire à la loi qui lui était imposée ; et le tiers, en faveur de qui elle avait été imposée, n'avait aucune action pour en demander à son profit l'accomplissement. Néanmoins, par la suite, on s'est écarté de cette rigueur ; et les empereurs accordèrent en ce cas une action à ce tiers, ainsi que nous l'apprenons de la loi 3, Cod. *de Donat. quæ sub mod.* Cette jurisprudence établie par les empereurs a passé dans notre droit, et est constante : on peut même la concilier fort bien avec les principes du droit ; car, suivant ces principes, les obligations naissent non-seulement des contrats, mais aussi des quasi-contrats que la loi et l'équité naturelle peuvent former ; et on peut dire que la loi de l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'un donataire retienne les choses données contre la loi, sous laquelle la donation lui a été faite, forme, par l'acceptation que fait le donataire de la donation, à la charge de restituer les choses données à un tiers, un quasi-contrat entre lui et ce tiers, qui l'oblige envers ce tiers à cette restitution [1].

9. Si l'acceptation d'une succession forme, suivant les principes du droit, un quasi-contrat entre l'héritier et les légataires, qui l'oblige à la prestation des legs envers ces légataires, avec lesquels il n'a eu aucune convention, pourquoi l'acceptation d'une donation faite à la charge de restituer à un tiers, ne pourrait-elle pas former un semblable quasi-contrat entre le donataire et ce tiers ?

ART. II. — De la différente nature des substitutions, suivant les différents actes qui les contiennent.

10. La nature des substitutions suit la nature de l'acte qui les contient. La substitution portée par un testament, est une disposition testamentaire, et a la nature d'une disposition testamentaire : celle portée par une donation entre-vifs, suit la nature des donations entre-vifs.

11. De là il suit, — 1° qu'elles sont sujettes aux formalités des testaments, comme nous le verrons en l'article suivant ; — 2° qu'elles peuvent être faites par tous ceux qui peuvent tester, et non par d'autres ; — 3° qu'elles peuvent être faites au profit de ceux à qui on peut léguer par testament, et non au profit d'autres ; — 4° qu'on ne peut faire les substitutions que jusqu'à concurrence de ce dont on peut disposer par testament, et par conséquent qu'elles sont sujettes aux réserves coutumières [2] ; — 5° enfin, qu'elles sont révocables jusqu'à la mort du testateur, comme le sont toutes les dispositions testamentaires [3].

Au contraire, les substitutions portées par des actes de donations entre-vifs,

---

« ment, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. — Néanmoins la donation ou le testament « n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. »

[1] Il serait plus simple de dire que c'est une exception à la règle qui ne permet pas de stipuler pour autrui (règle reproduite dans l'art. 1119, C. civ.) : car, si le motif que donne Pothier était fondé en droit, il serait tout à fait distinctif de la règle ci-dessus.

[2] Nous n'avons plus de réserve coutumière, et ce que notre auteur appelle *réserve* a bien plus d'analogie avec les légitimes qu'avec les réserves coutumières.

[3] Tous ces effets se rencontrent encore aujourd'hui dans le cas des substitutions permises.

ne sont point sujettes aux formalités des testaments. Elles peuvent être faites par des personnes incapables de tester, pourvu qu'elles soient capables de faire des donations entre-vifs. Elles peuvent être faites au profit de personnes incapables de recevoir par testament, pourvu qu'elles soient capables de recevoir par donations entre-vifs. Elles peuvent aussi être faites jusqu'à concurrence de tout ce dont on peut disposer entre-vifs. Elles ne sont point astreintes aux réserves *coutumières* [1], comme les dispositions testamentaires. Enfin, le donateur ne peut plus, après l'acte de donation conclu, y rien changer par sa seule volonté.

12. Avant la nouvelle ordonnance du mois d'août 1747, registrée au parlement le 27 mars 1748, c'était une question, « si le donateur pouvait, par une convention avec le donataire, le décharger en tout ou en partie de la substitution sans le consentement du substitué, lorsque le substitué n'avait point été partie à l'acte de donation, et n'avait point accepté la substitution faite à son profit par cet acte. » Il semblait alors qu'on dût décider pour l'affirmative : *Nihil tàm naturale est quæque eo modo dissolvi quo colligata sunt*. Le donataire n'étant chargé de la substitution que par le concours de la volonté du donateur qui a fait la donation à cette charge, et de la sienne qui l'a acceptée à cette condition, semblait devoir en être déchargé par le concours de leurs volontés contraires : la substitution ayant été faite sans que le substitué y fût intervenu, paraissait pouvoir être défaite sans lui, dans un temps où n'étant point encore ouverte, elle n'avait pu lui acquérir aucun droit. Néanmoins l'ordonnance a décidé le contraire : elle porte, art. 11, « que les substitutions « faites par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs, bien et « dûment acceptée, ne pourront être révoquées, ni les clauses d'icelle changées, augmentées ni diminuées par aucune convention ou disposition postérieure, même du consentement du donataire. »

13. La raison qui a porté le législateur à décider de cette manière, et qui sert en même temps de réponse à celles ci-dessus rapportées pour l'opinion contraire, est que ce n'est pas la convention qui intervient entre le donateur et le donataire, qui oblige proprement, et par elle-même, le donataire envers le substitué à l'accomplissement de la substitution ; ce qui serait contraire aux principes : *Nemo alteri stipulari potest, per extraneam personam acquiri non potest* ; c'est le quasi-contrat que la loi forme entre le donataire et le substitué qui produit l'engagement qui oblige le donataire envers ce dernier. La convention entre le donateur et le donataire ne peut donc pas détruire cet engagement, puisque ce n'est pas celle qui est intervenue entre eux, qui l'a produit : l'engagement du donataire étant contracté, non envers le donateur mais envers le substitué, quoiqu'il n'ait pas encore acquis un droit formé au substitué, la condition sous laquelle il a été contracté n'étant pas encore échue ne peut être détruite que par la volonté du substitué, et non pas par celle du donateur, qui n'est pas celui envers qui l'engagement est contracté [2].

---

[1] Nos réserves actuelles doivent être respectées aussi bien par donations entre-vifs que par testament.

[2] Le Code n'a point expressément renouvelé la disposition de l'art. 11 de l'ordonnance de 1747, d'où quelques auteurs ont conclu que le législateur n'a pas entendu le maintenir, et qu'il faut se référer, à cet égard, à la disposition générale du droit qui veut que *unaquaque res dissolvi potest eodem modo quo fuit colligata;* ils citent aussi en ce sens l'opinion de Ricard qui écrivait avant l'ordonnance. Cependant l'art. 1052, C. civ., nous paraît contenir le germe du principe de l'art. 11 de l'ordonnance.

Art. 1052 : « Si l'enfant, le frère ou « la sœur auxquels des biens auraient « été donnés par acte entre-vifs, sans « charge de restitution, acceptent une « nouvelle libéralité faite par acte en-

14. Nous avons vu que les substitutions contenues dans un testament, ont la nature des dispositions testamentaires, et que celles contenues dans une donation entre-vifs, ont la nature des actes entre-vifs; il reste à décider quelle est la nature d'une substitution portée par un acte qui ne contiendrait aucune autre disposition. Il faut décider que cette substitution est une disposition testamentaire; car, suivant le principe établi par l'ordonnance de 1731, que nous n'avons que deux manières de disposer de nos biens à titre gratuit, la donation entre-vifs et la disposition testamentaire; cette substitution ne peut être que l'une ou l'autre : elle n'est pas donation entre-vifs; car il faudrait pour cela qu'il y eût eu un premier donataire entre-vifs qui eût accepté la donation, et à qui la chose donnée eût été laissée à la charge de la substitution, ne pouvant pas y avoir sans cela de donations entre-vifs : reste donc que cette substitution, qui n'est point apposée à une première donation entre-vifs, soit une disposition testamentaire; et elle doit par conséquent en avoir la nature.

ART. III. — Des formalités intrinsèques des substitutions.

15. Les substitutions sont sujettes aux formalités des actes qui les contiennent : celles portées par un testament sont sujettes aux formalités des testaments. S'il en manque quelques-unes, rien de ce qui est contenu au testament, et par conséquent les substitutions qui y sont contenues, ne peuvent être valables.

16. Si la substitution est faite par une donation entre-vifs, elle est sujette aux formalités des donations entre-vifs; s'il en manque quelques-unes, la donation et la substitution qui y est apposée et qui en fait partie, sont nulles.

Au reste, il suffit que les formalités des donations, s'accomplissent en la personne du premier donataire, pour rendre valable tant la donation que la substitution qui en fait partie, et en est une charge. *Par exemple*, il suffit que la donation contienne une acceptation expresse de la part du premier donataire, quoiqu'il n'y en ait eu aucune de la part des substitués, qui ne sont pas même parties dans l'acte de donation. L'Ordonnance de 1731 dit expressément qu'en ce cas la substitution sera valable par l'acceptation du premier donataire.

Il suffit pareillement que le donateur se soit dessaisi envers le premier donataire, pour que cette dessaisine, en validant la donation, valide aussi la substitution qui en fait partie.

17. Lorsque la substitution est portée par un acte qui ne contient aucune autre disposition; comme en ce cas elle est de la nature des dispositions testamentaires, suivant que nous avons vu en l'article précédent; il suit de là qu'elle est sujette aux formalités des testaments, et qu'elle ne peut être valable, si l'acte qui la contient n'en est pas revêtu; c'est pourquoi, on ne doit pas suivre un arrêt du 18 janvier 1678, rapporté au *Journal du Palais*, qui avait jugé qu'une substitution pouvait être valable par une simple déclaration devant notaires, non revêtue des formes des testaments.

Il y a des formalités particulières introduites par l'ordonnance de 1747, pour certaines espèces particulières de substitutions. Elle veut, art. 5, que les substitutions particulières de deniers comptants, meubles, droits, et effets mobiers, contiennent une mention expresse qu'il sera fait emploi desdits deniers

---

« tre-vifs ou testamentaire, sous la « condition que les biens précédem- « ment donnés demeureront grevés de « cette charge, il ne leur est plus per- « mis de diviser les deux dispositions « faites à leur profit, et de renoncer à « la seconde pour s'en tenir à la pre- « mière, quand même ils offriraient de « rendre les biens compris dans la se- « conde disposition. »

ou de ceux qui proviendraient de la vente ou du recouvrement desdits meubles, droits, ou effets mobiliers, à peine de nullité de la substitution [1]

18. Cette décision souffre exception à l'égard des bestiaux et ustensiles qui servent à faire valoir les terres; et à l'égard des meubles meublants, qui servent à l'usage ou à l'ornement des châteaux ou maisons, lesquelles choses peuvent être comprises dans les substitutions des terres ou maisons, à l'exploitation desquelles elles servent, sans obliger le grevé de substitution à les vendre. Art. 6 et 7.

L'ordonnance veut secondement, pour la validité des substitutions des meubles, ou effets mobiliers, apposés à des donations entre-vifs, qu'il soit fait un état desdits meubles et effets mobiliers, contenant leurs prisées, qui soit signé des parties et annexé à la minute de donation, à peine de nullité de la substitution [2]. Art. 9.

ART. IV. — Des formalités extrinsèques des substitutions.

§ I. *De l'insinuation et de la publication des substitutions.*

19. L'*insinuation* est la transcription de l'acte qui contient la substitution, dans un registre public.

La *publication* est la lecture qui en doit être faite l'audience tenante.

Ces formalités de l'*insinuation* et de la *publication*, ont été requises par l'ordonnance de Moulins et celles qui l'ont suivie, pour empêcher que les personnes qui contracteraient avec ceux dont les biens sont grevés de substitution, ne fussent trompées, en croyant contracter avec des gens dont les biens sont libres.

Ces formalités de l'*insinuation* et de la *publication*, sont des formalités extrinsèques aux substitutions; elles ne font pas partie de l'acte qui les contient. Cet acte a, sans ces formalités, tout ce qui est requis pour sa perfection, elles n'y ajoutent que la *publicité* [3].

§ II. *Quelles substitutions sont sujettes aux formalités de l'insinuation et de la publication.*

20. L'ordonnance de Moulins dit : « Ordonnons que toutes dispositions « entre-vifs, ou de dernière volonté, contenant substitution, seront, etc.»

L'ordonnance de 1747, art. 11 et 18, s'explique plus exactement en restreignant la disposition aux substitutions fidéicommissaires. Elle dit : « Toutes les « substitutions fidéicommissaires faites, soit par des actes entre-vifs, soit par « des dispositions à cause de mort, seront publiées, etc.»

---

[1] Cette mention expresse n'est point exigée aujourd'hui pour la validité de la substitution; mais l'emploi doit toujours être fait.

[2] C'est une condition de la validité de la donation elle-même. *V.* art. 948, C. civ.

Art. 948 : « Tout acte de donation « d'effets mobiliers ne sera valable que « pour les effets dont un état estimatif, « signé du donateur, et du donataire, « ou de ceux qui acceptent pour lui, « aura été annexé à la minute de la « donation. »

[3] *V.* art. 1069, C. civ.

Art. 1069 : « Les dispositions par « actes entre-vifs ou testamentaires, à « charge de restitution, seront, à la « diligence, soit du grevé, soit du tu- « teur nommé pour l'exécution, ren- « dues publiques; savoir, quant aux « immeubles, par la transcription des « actes sur les registres du bureau des « hypothèques du lieu de la situation; « et quant aux sommes colloquées avec « privilége sur des immeubles, par l'in- « scription sur les biens affectés au « privilége. »

Au reste, même avant que l'ordonnance de 1747 s'en fût expliquée, il était évident que celle de Moulins, quoique conçue en termes généraux, ne pouvait concerner que les substitutions fidéicommissaires et non les directes ou vulgaires, à l'égard desquelles l'insinuation ne peut être d'aucune utilité.

21. Les legs faits sous une condition qui peut n'arriver qu'après un fort long temps, ressemblent fort aux substitutions fidéicommissaires, il y a même raison pour les assujettir à la formalité de l'insinuation et publication [1].

Quoique les donations faites par le roi ne soient pas sujettes à l'insinuation, comme nous l'avons vu au *Traité des Donations*, néanmoins il y a lieu de croire que la substitution apposée à une donation faite par le roi, y doit être sujette. La raison de différence est que l'insinuation des donations est requise pour que l'on sache que le donateur a donné son bien, afin que ses héritiers ou que ceux qui contracteraient avec lui ne soient point induits en erreur ; ce qui n'est point à craindre lorsque le roi donne, le roi n'ayant point d'héritier, et étant toujours solvable, au lieu que l'insinuation des substitutions est requise, non pour qu'on sache que le donateur, auteur de la substitution, a donné, mais pour qu'on sache que le donataire est grevé de substitution, et que les biens dont on le voit en possession ne sont pas libres. Or, à cet égard, il est indifférent par qui ils lui ont été donnés [2].

22. Les substitutions apposées à des donations d'immeubles situés en France, par des étrangers, ou faites à des étrangers, sont sujettes à la loi de l'insinuation ; car cette loi qui règle ce qui doit s'observer pour disposer des choses à certain titre, a pour objet les choses, et est par conséquent une loi réelle : or, il est de la nature des lois réelles d'exercer leur empire sur les biens situés dans leurs territoires, à l'égard de quelque personne que ce soit [3].

§ III. *Où l'insinuation et la publication des substitutions peuvent-elles se faire?*

23. La publication et l'insinuation des substitutions devaient, suivant l'ordonnance de Moulins, être faites au greffe du siége royal le plus prochain de la demeure de l'auteur de la substitution. La déclaration rendue sur cette ordonnance, exige que ces publications et insinuations se fassent aussi au greffe du siége royal le plus prochain du lieu où les choses comprises en la substitution sont assises. Ces termes de *siége royal*, employés par l'ordonnance et la déclaration, comprennent les prévôtés royales aussi bien que les bailliages royaux, et l'insinuation pourrait s'y faire aussi bien qu'aux bailliages.

Mais par l'art. 18 du tit. 11 de l'ordonnance, la publication et l'insinuation doivent se faire dans les bailliages ou sénéchaussées royales, tant du lieu de la demeure de l'auteur de la substitution que du lieu où les choses sont situées.

---

[1] Il ne faut prendre cette décision de Pothier que comme un désir bien fondé, car il serait extrêmement important de connaître toutes les conditions et résolutions dont la propriété est affectée dans les mains du propriétaire actuel ; malheureusement il n'en est point ainsi.

[2] Pothier donne, dans cet alinéa, en termes fort clairs et fort précis, la différence si importante à faire entre la *publicité des donations* et la *publicité des substitutions*, différence que la jurisprudence nouvelle paraît avoir méconnue.

[3] *V.* art. 3, 2e alinéa, C. civ., qui proclame le principe.

Art. 3 : « Les lois de police et de « sûreté obligent tous ceux qui habi- « tent le territoire.—Les immeubles, « même ceux possédés par des étran- « gers, sont régis par la loi française. « —Les lois concernant l'état et la ca- « pacité des personnes régissent les « Français, même résidant en pays « étranger »

24. Quand même la substitution serait antérieure à l'ordonnance, si la publication et l'insinuation n'ont pas encore été faites, elles ne peuvent plus, depuis l'ordonnance, se faire que dans lesdits siéges. Art. 21.

25. Si l'auteur de la substitution demeurait dans l'étendue de la justice d'une pairie, ou que les biens y fussent situés, ce ne serait pas dans cette justice que la publication et l'insinuation devraient être faites, mais dans le bailliage royal qui a la connaissance des cas royaux dans l'étendue de cette juridiction.

L'ordonnance de 1747, ne dit pas, comme celle de Moulins, que la publication et l'insinuation se feront dans le siége le plus prochain, elle dit qu'elles se feront dans les bailliages royaux dans le ressort desquels est la demeure de l'auteur de la substitution, et où les choses comprises en la substitution sont situées.

26. Lorsque la substitution est testamentaire, c'est dans le bailliage royal où l'auteur de la substitution avait son domicile lors de son décès, que la publication et l'insinuation doivent se faire. Si la substitution est portée par une donation entre-vifs, c'est dans le bailliage royal du lieu où il avait son domicile lors de l'acte. La raison de différence est que les testaments ne reçoivent leur perfection qu'à l'instant du décès du testateur, et que les actes entre-vifs la reçoivent lorsqu'ils sont passés.

27. Lorsqu'il y a différentes choses comprises dans une substitution, situées dans différents bailliages royaux, la publication et l'insinuation doivent se faire dans les bailliages royaux où il y a des choses comprises en la substitution, sinon elle sera nulle, non entièrement, mais pour raison des choses situées dans le bailliage où on aura omis de faire ces publication et insinuation ; et en cela l'omission du lieu de la situation diffère de celle du domicile, qui entraîne la nullité pour tout ce qui est compris en la substitution.

28. Lorsque d'une terre féodale dépendent des héritages situés en différents bailliages, il y a lieu de croire qu'il suffit de faire la publication et l'insinuation dans le bailliage du lieu où est le principal manoir, le principal manoir étant représentatif de toute la terre ; que si c'était une terre en censive, il faudrait faire tout cela dans chacun des bailliages royaux où il y aurait des héritages situés, dépendant de cette terre. Cette distinction se tire, par argument, de l'édit des criées, qui l'a fait à l'égard des criées.

29. Lorsque la substitution comprend des droits réels, tels que des droits de champart, des droits de rentes foncières sur quelques héritages, les publications et insinuations doivent se faire au bailliage du lieu où est situé l'héritage sur lequel ces droits sont à prendre ; car ces droits étant, en quelque façon, l'héritage même considéré comme appartenant, à certains égards, à ceux à qui appartiennent ces sortes de droits, ils sont censés avoir la même situation que l'héritage. Art. 19.

30. Les offices sont censés avoir une situation au lieu où s'en fait l'exercice ; c'est pourquoi les publications et insinuations doivent, pour raison des offices, se faire au bailliage du lieu. Art. 22.

Les rentes sur la ville de Paris, sur le clergé, sur les pays d'états, et autres pour lesquelles il y a un bureau public dans un certain lieu, sont censées avoir une situation dans ce lieu ; c'est pourquoi les insinuations et publications des substitutions, pour raison de ces rentes qui s'y trouvent comprises, doivent se faire dans le bailliage royal de ce lieu.

A l'égard des rentes constituées sur des particuliers, elles n'ont aucune situation, quand même elles auraient un assignat ou hypothèque spéciale sur quelque héritage ; c'est pourquoi il n'est pas besoin, pour raison de ces rentes, d'autre insinuation qu'au lieu de la demeure de l'auteur de la substitution.

31. A l'égard des substitutions d'effets mobiliers dont il doit être fait em-

ploi, si l'emploi en a été fait en héritage ou en quelques rentes, de celles qui sont censées avoir une situation, elles doivent être publiées et insinuées, ainsi que l'acte d'emploi, au bailliage royal du lieu de la situation desdits héritages ou rentes, et si elles y avaient déjà été portées, parce que ce serait le lieu du domicile de l'auteur de la substitution, il y faudrait publier et insinuer l'acte d'emploi[1]. Art. 23.

§ IV. *Comment se fait la publication et l'insinuation des substitutions.*

32. La publication des substitutions se fait un jour d'audience, par la lecture que le greffier de la juridiction fait, à haute et intelligible voix, l'audience tenante, de l'acte qui contient la substitution.

Après cette publication, le greffier doit transcrire en entier, dans un registre public, destiné pour les insinuations, l'acte qui contient la substitution, lequel registre doit être communiqué à tous ceux qui souhaiteront de le voir.

Ces publication et insinuation se font sur une expédition de l'acte, qu'on communique pour cet effet au greffier, sans qu'il soit nécessaire de représenter la minute. Art. 2 et 24.

§ V. *Dans quel temps doivent se faire la publication et l'insinuation des substitutions.*

33. La publication et l'insinuation des substitutions doivent se faire dans les six mois, à compter du jour du décès de l'auteur de la substitution, lorsqu'elle est testamentaire ; que si c'est une substitution portée par une donation entre-vifs, les six mois courent du jour de la date de l'acte. Art. 27.

A l'égard de la publication et de l'insinuation qui doivent être faites de l'acte d'emploi des effets mobiliers compris dans une substitution, le temps de six mois, pour les faire, court du jour de cet acte d'emploi. Art. 30.

Les publications et insinuations, qui se font dans ce temps prescrit, ont un effet rétroactif au jour du décès de l'auteur de la substitution testamentaire, ou au jour de la donation qui la renferme ; et cet effet rétroactif rend les substitutions valables, même contre ceux qui auraient acquis du grevé les biens substitués, dans le temps intermédiaire. Art. 28.

Que si la publication et l'insinuation ne se font qu'après ce temps, elles ne sont pas inutilement faites, mais elles ne rendent la substitution valable que contre ceux qui acquerraient depuis du grevé les biens substitués, ou qui contracteraient avec lui depuis et non contre ceux qui auraient acquis auparavant lesdits biens, ou qui auraient quelque hypothèque sur iceux[2]. Art. 29.

§ VI. *Par quelles personnes le défaut de publication ou d'insinuation peut-il être opposé ?*

34. La publication et l'insinuation des substitutions étant requises, afin que ceux qui pourraient contracter avec le grevé ne fussent pas induits en erreur, par le défaut de connaissance qu'ils en auraient, il suit de là que le défaut de publication et d'insinuation peut être opposé par les acquéreurs qui auraient acquis à titre onéreux des biens substitués, du grevé de la substitution : c'est pourquoi, si après l'ouverture de la substitution, le substitué les

---

[1] Toutes ces formalités sont aujourd'hui remplacées par l'art. 1069, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 461, note 3.

[2] Aucun délai n'est prescrit par le Code, mais on comprend facilement que l'intérêt des appelés commande de faire la transcription le plus tôt possible, et le tuteur à la substitution serait responsable de tout retard qui causerait du préjudice aux appelés.

revendique contre eux, ils excluront, par l'exception de ce défaut, la demande en revendication du substitué.

Ce défaut peut pareillement être opposé par les créanciers hypothécaires du grevé; c'est pourquoi si ces créanciers donnent, après l'ouverture de la substitution, une action hypothécaire contre le substitué qu'ils trouveront en possession des biens compris en la substitution, qui, auparavant son ouverture, appartenait au grevé, leur débiteur, et que le substitué contre cette demande excipe de la substitution, et prétende que son ouverture a éteint leur hypothèque sur les biens substitués, comme elle a éteint le droit du grevé, leur débiteur, ces créanciers, en opposant le défaut de publication et d'insinuation de la substitution, feront tomber cette exception du substitué [1].

35. Les tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires peuvent opposer le défaut d'insinuation, quand même il serait justifié qu'ils ont eu connaissance de la substitution dans le temps qu'ils ont contracté avec le grevé, l'ordonnance le décide, art. 33. On aurait pu en douter; car ces formalités n'ayant été établies que pour empêcher que ceux qui contracteraient avec le grevé, ne fussent induits en erreur, il aurait pu sembler que ceux qui n'ont pu être induits en erreur à cause de la connaissance qu'ils avaient de la substitution, ne peuvent se plaindre ni opposer qu'elle n'a pas été insinuée. Les raisons de décider au contraire sont que les formalités ne se suppléent point; que la loi ayant voulu qu'on donnât connaissance de la substitution par la voie de l'insinuation, à tous ceux qui pourraient contracter avec le grevé; toute autre connaissance qu'ils ont pu en avoir d'ailleurs, ne doit point être considérée. Le législateur a porté une loi générale à laquelle il faut satisfaire [2].

36. Si la loi eût laissé la liberté d'entrer dans la discussion du fait : « Si celui qui a contracté avec le grevé a eu connaissance ou non de la substitution,» cette discussion aurait pu donner lieu à des procès qu'il était de la sagesse de la loi de retrancher : les lois étant établies, non-seulement pour y mettre un terme, mais pour les empêcher de naître.

Les héritiers du grevé, ses légataires universels, ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, car ils succèdent à toutes les obligations du grevé, et par conséquent à celle qu'il a contractée de restituer les biens compris dans la substitution, au substitué, lors de son ouverture.

37. Si le tiers acquéreur devient héritier du grevé, cette qualité, qui l'oblige personnellement à la restitution des biens compris en la substitution, l'empêche de pouvoir opposer le défaut d'insinuation, qu'il aurait pu opposer en sa qualité d'acquéreur.

Mais quoique ce premier tiers acquéreur, qui a acquis avant l'insinuation, ne puisse lui-même opposer ce défaut, à cause de sa qualité d'héritier du grevé, néanmoins s'il l'a revendu, le second acquéreur peut l'opposer du chef du premier, parce que le premier ayant acquis un droit de propriété des biens substitués, qui, par le défaut d'insinuation, était un droit irrévocable;

---

[1] *V.* art. 1070, C. civ.

Art. 1070 : « Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables. »

[2] *V.* art. 1071, C. civ.

Art. 1071 : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. »

le second, à qui il a transféré son droit, a acquis aussi un droit de propriété irrévocable.

38. Non-seulement les successeurs universels du grevé ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, l'ordonnance, art. 34, veut qu'il ne puisse être opposé par les donataires et légataires particuliers de biens substitués.

La raison est que ces formalités ayant été établies pour que ceux qui contracteraient avec le grevé ne puissent être induits en erreur, ce n'est qu'en faveur de ceux qui contracteraient à titre onéreux qu'elles sont établies, et non pas en faveur des donataires et légataires, à qui l'acquisition qu'ils ont faite des biens substitués ne peut jamais préjudicier, puisqu'il ne leur en a rien coûté pour les acquérir [1].

§ VII. *Contre qui le défaut de publication et d'insinuation peut-il être opposé ?*

39. L'ordonnance, art. 32, décide que ce défaut peut être opposé contre les substitués, quels qu'ils soient, même contre les mineurs, les pupilles, les interdits, même contre l'Eglise et les hôpitaux, même dans les cas auxquels leurs tuteurs, curateurs ou administrateurs, contre lesquels ils ont recours, seraient insolvables, et par conséquent même dans le cas auquel les mineurs n'auraient point eu de tuteurs. La raison est que, quoique les mineurs soient ordinairement restituables, *etiam in his quæ prætermiserunt;* néanmoins ils ne peuvent l'être contre le défaut de ces formalités parce que la raison d'un intérêt public, pour la sûreté du commerce, qui les a fait établir, l'emporte sur la faveur particulière de ces personnes [2].

---

[1] L'art. 34 de l'ordonnance est textuellement reproduit par l'art. 1072, C. civ. Le motif de cette disposition est évident : ce n'est pas dans l'intérêt de l'auteur de la disposition, de ses héritiers, légataires ou ayants cause à quelque titre que ce soit que la publicité des substitutions est exigée : c'est au contraire dans l'intérêt des appelés et pour faire officiellement connaître à tous ceux qui contracteraient avec le grevé la véritable situation de celui-ci par rapport aux biens compris dans la substitution : par conséquent, le défaut de publicité de la substitution est chose parfaitement indifférente à tous ceux qui tirent leurs droits du disposant. Cette omission leur est tellement indifférente, qu'on pourrait soutenir que l'art. 34 de l'ordonnance était tout à fait inutile, ainsi que l'art. 1072 du Code civil qui l'a répété. Aussi sommes-nous fort disposés à penser que le rédacteur de l'ordonnance de 1747 n'avait inséré l'art. 34 que par opposition à l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 sur les donations, voulant éviter, un peu surabondamment, toute confusion entre la publicité de la donation et la publicité des substitutions ; ce qui néanmoins n'a pas empêché un très célèbre magistrat (M. Merlin) de tomber dans cette confusion que le législateur avait voulu prévenir.

Art. 1072 : « Les donations, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. »

[2] *V.* art. 1070, C. civ., ci-dessus, p. 465, note 1.

SECTION II.

Des termes qui expriment ou non les substitutions; quand en doit-on supposer de tacites? Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle; et quand doit-on supposer quelque degré qui n'est pas exprimé?

ART. 1er. — Des termes qui expriment ou non les substitutions.

40. Il n'importe de quels termes un testateur se soit servi pour faire une substitution, pourvu qu'il ait suffisamment manifesté la volonté qu'il a eue de la faire.

Quoique le mot de *fidéicommis* paraisse donner à entendre que les termes qui le contiennent doivent s'adresser au grevé, *fidei tuæ committo;* néanmoins on peut valablement faire des *fidéicommis*, ou *substitutions fidéicommissaires*, par des termes qui, au lieu de s'adresser au grevé, s'adressent ou au substitué, ou à un tiers, ou soient impersonnels.

Par exemple, si quelqu'un, après avoir fait Pierre son légataire universel, s'est exprimé ainsi : *Jacques, vous vous contenterez de recueillir mes biens après la mort de Pierre,* ou ainsi : *Mon frère, votre fils Jacques aura mes biens après la mort de Pierre,* ou s'il a dit impersonnellement : *Mes biens, après la mort de Pierre, appartiendront à Jacques.* En tous ces cas Pierre est aussi bien grevé de la substitution au profit de Jacques, comme si le testateur eût dit : *Pierre, je vous charge de restituer à Jacques, après ma mort, les biens que je vous laisse.*

41. Il n'importe que le testateur se soit servi de termes impératifs, comme de ceux-ci : *J'ordonne que mon héritier restituera, après sa mort, à Jacques. Je charge mon héritier de restituer,* etc., ou de termes qui semblent n'exprimer qu'une prière, tels que ceux-ci : *Je prie mon héritier de restituer; je souhaite que mon héritier restitue,* etc. Ces termes n'obligent pas moins Pierre à la restitution des biens du testateur que les premiers; ils contiennent, comme les premiers, un ordre, mais d'une façon plus polie. *Desidero ut des, fideicommissum valet.* L. 118, ff. *de Leg.* 1°. *Cupio des, opto des... fideicommissum est*[1]. L. 115, ff. *eodem. tit.*

Il y a un arrêt du 26 février 1715, au sixième volume du Journal (liv. 5, ch. 11) qui, suivant ces principes, a constitué une substitution faite par le terme : *Je prie*, etc.

42. Les termes qui n'expriment qu'une simple espérance que l'héritier restituera peuvent, selon les circonstances, passer pour une substitution qui oblige l'héritier, surtout lorsqu'ils lui sont adressés. *Vide*, L. 6, *in fin.*, ff. *Leg.* 1°. Cela se présume moins lorsqu'ils sont adressés à la personne à qui le testateur espère qu'on restituera. L. 68, § 1, ff. *de Leg.* 3°.

Les termes qui n'expriment qu'une recommandation vague, ne renferment

---

[1] Toutes ces dispositions sont comprises dans la généralité des expressions de l'art. 896, 2e alinéa : « Toute « disposition par laquelle le donataire, « l'héritier institué ou le légataire, sera « chargé de conserver et de rendre à « un tiers, sera nulle, même à l'égard « du donataire, de l'héritier institué ou « du légataire. » *V.* ci-dessus, p. 455, note 2.

point de substitution. *Si ità quis scripserit, illum tibi commendo : D. Pius rescripsit fideicommissum non deberi.* L. 11, § 2, ff. *de Legat.* 3°.

Les termes qu'on ajoute à une donation ou à un legs, *pour lui être propres et à ceux de son côté et ligne*, n'expriment et ne renferment point de substitution, dont le donataire ou légataire soit grevé envers sa famille; ils n'ont d'autre effet que d'empêcher que ce qui est donné ou légué avec cette clause, n'entre en la communauté de biens en laquelle le donataire ou légataire serait avec sa femme. Si cette clause est portée par un contrat de mariage, elle a encore l'effet de faire de la reprise du mobilier donné avec cette clause, un propre fictif en la personne et dans la succession des enfants du donataire, qui soit affecté à la ligne du donataire, comme nous l'avons expliqué au titre de la division des biens [1].

43. Lorsqu'on donne et lègue quelque chose à quelqu'un, *et à ses hoirs*, ces termes, *et à ses hoirs*, n'expriment aucune substitution, ils sont de pur style, et n'ont aucun effet. Ils ne signifient autre chose, sinon qu'on donne un droit perpétuel de propriété, que le donataire ou légataire transmettra en sa succession.

Cela est sans difficulté lorsqu'il est dit en termes généraux *et à ses hoirs;* mais si on a expliqué *à quels hoirs*, et qu'on ait interverti l'ordre des successions, cette clause ne peut guère s'expliquer autrement qu'en supposant qu'elle renferme une substitution dont le donataire est grevé envers eux.

C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Vendôme. Le roi ayant donné à M. de Vendôme, par son contrat de mariage, 500,000 livres en ces termes : *A lui et à ses descendants, les mâles et aînés toujours préférés*, il fut jugé que ces termes contenaient une substitution [2].

44. Si un legs est fait à quelqu'un *et à ses enfants*, les enfants doivent plutôt être censés colégataires que substitués, à moins que quelques circonstances ne fassent présumer le contraire.

S'il était dit, *et à ses enfants après son décès*, cela exprimerait une substitution, par laquelle les enfants seraient substitués à leur père après son décès. Lorsqu'il est dit : *Je lègue mes biens à Pierre à défaut d'enfants;* ces termes, *à défaut d'enfants*, n'expriment pas une substitution fidéicommissaire dont mes enfants soient grevés envers Pierre, lorsqu'ils viendront à défaillir, c'est-à-dire, à mourir sans postérité, mais ils expriment seulement une condition apposée au legs fait à Pierre au cas que le testateur ne laisse point d'enfants, et ce legs est éteint s'il en laisse, *conditione legati deficiente.* Il en est autrement s'il est dit, *mes enfants venant à défaillir :* ces termes *habent tractum temporis*, expriment une substitution fidéicommissaire dont le testateur grève ses enfants envers Pierre lorsque sa postérité viendra à défaillir.

ART. II. — Quand doit-on supposer une substitution ou fidéicommis tacite ?

45. Comme c'est la volonté qui forme la substitution fidéicommissaire, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il suffit qu'on puisse tirer des conséquences de ce qui est contenu au testament, que le testateur a eu effectivemrnt volonté de la faire, pour que la substitution soit aussi valable que si elle était exprimée.

Il faut donc que ce soit des conséquences qui se tirent nécessairement de

---

[1] Cette clause aurait encore aujourd'hui l'effet indiqué par Pothier.

[2] Il y a bien évidemment une substitution dans cette espèce, et sous l'empire du Code seul, avant la loi de 1826, qui a étendu la faculté de substituer, cette disposition aurait dû être déclarée nulle.

ce qui est contenu au testament, de façon qu'on ne puisse l'expliquer d'une manière plausible, sans supposer cette volonté dans le testateur.

L'exemple le plus ordinaire de substitution est celui qui résulte de la défense que le testateur a faite à son héritier ou légataire de tester ou d'aliéner les biens qu'on lui laissait. Lorsqu'il a témoigné en faveur de qui il faisait cette défense, quoiqu'il n'ait exprimé aucune substitution dont il chargeât son héritier ou légataire envers cette personne; néanmoins, on en suppose une tacite au profit de cette personne en cas de contravention à cette volonté, et elle se tire par conséquence de la défense qu'il a faite en faveur de cette personne, car il ne peut avoir d'autre vue vraisemblable, que cette substitution, en cas de contravention. Nous parlerons, dans la dernière section de ce traité, de cette espèce de substitution tacite.

46. Les dispositions, soit entre-vifs, soit testamentaires, faites *aux enfants nés et à naître de quelqu'un*, renferment aussi une substitution tacite, par laquelle les enfants nés sont chargés de restituer à chacun des enfants à naître, à mesure qu'il en naîtra, sa portion virile des choses données ou léguées. Cela est décidé par l'ordonnance de 1731, art. 11, et est conforme à notre principe, car le donateur ayant voulu disposer au profit desdits enfants à naître, puisqu'il les a compris dans sa disposition, et n'ayant pu le faire par une disposition directe, dont ces enfants qui n'existaient pas encore ne pouvaient être capables, il est nécessaire de supposer en lui une volonté de faire en leur faveur la substitution ci-dessus expliquée [1].

Art. III. — Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle, et quand doit-on supposer un degré de substitution qui n'est pas exprimé ?

47. On ne doit supposer qu'une substitution est graduelle, que lorsqu'il y a des termes qui expriment qu'elle l'est, ou lorsqu'on peut conclure de ce qui est contenu au testament, que le testateur a voulu faire un autre degré de substitution que celui qui est exprimé. Dans celles qui sont faites *au profit d'une famille*, d'*une postérité*, les termes *à toujours, à perpétuité*, expriment que la substitution est graduelle, et que le testateur a voulu qu'il y ait eu autant de degrés qu'il pourrait y en avoir, comme lorsqu'il est dit : *Je fais un tel mon légataire universel, et je lui substitue ma famille à toujours, ou bien à perpétuité.*

48. Pareillement à l'égard des substitutions qui résultent de la défense d'aliéner hors la famille, si à cette défense d'aliéner, le testatenr a ajouté ces termes : *Afin que l'héritage ne sorte point de la famille*, ou bien, *afin qu'il soit toujours conservé dans la famille;* ces termes expriment une substitution graduelle et perpétuelle, dont ceux qui recueilleront la substitution, en cas d'alénation hors la famille, faite par l'héritier ou légataire à qui la défense

---

[1] Cette disposition ne serait pas valable, même depuis la loi du 17 mai 1826, car cette loi exige que les appelés soient les enfants ou descendants du grevé ; or, dans cette espèce, ce serait un frère ou une sœur qui se trouveraient grevés de restitution au profit de leurs frères ou sœurs nés postérieurement : ainsi, ces derniers n'étant pas même conçus au moment de la libéralité, n'ont pas pu être donataires directs (art. 906, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 457, note 4); n'étant point descendants du grevé ils ne peuvent être substitués, donc la disposition reste sous l'empire de la règle prohibitive de l'art. 896, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 455, note 2); à moins qu'on ne l'interprète pas comme une substitution, mais comme une donation faite uniquement au profit des enfants nés ou conçus au temps de la donation.

a été faite, seraient eux-mêmes grevés envers la famille, dans le cas où ils viendraient à aliéner malgré la défense du testateur. C'est l'espèce de la loi 69, § 3, ff. *de Legat. et fideicommiss.* 2°. *Fratre hærede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familiâ relinqueretur....*

49. Il est décidé que le fidéicommis en graduel, hors les cas auxquels le testateur aurait employé ces termes ou autres semblables, qui expriment une substitution graduelle, une substitution faite à une famille collectivement, soit qu'elle soit faite en termes formels, soit qu'elle résulte d'une prohibition d'aliéner hors la famille, ne doit point passer pour une substitution graduelle, mais pour une substitution simple qui est consommée, lorsque ceux de la famille qui se sont trouvés les plus proches lors de l'ouverture, l'ont une fois recueillie. C'est l'avis de Ricard (ch. 8, sect. 2, part. 1, n° 513) qui, quoique contraire à l'avis commun des anciens docteurs, me paraît le mieux fondé. Il est conforme aux vrais principes de cette matière, qui sont, comme nous l'avons dit ci-dessus, qu'on ne doit point supposer plusieurs degrés dans une substitution, lorsque le testateur ne les a pas exprimés, à moins que le testament ne puisse s'expliquer autrement d'une manière plausible; or, il ne paraît aucune nécessité de supposer plusieurs degrés dans un fidéicommis fait à une famille, par cela seul qu'il est fait à une famille en termes collectifs.

Pour l'opinion contraire, on dit que la substitution étant faite à toute la famille, elle n'a pas eu son entière exécution lorsqu'elle est recueillie au premier degré par ceux qui se trouvent les plus proches de la famille, et qu'elle ne peut l'avoir qu'en perpétuant la substitution de degré en degré, jusqu'à ce qu'il ne reste plus personne de la famille. La réponse est que si toute la famille est appelée, c'est avec subordination entre ceux qui la composent, et de telle manière que ceux du degré ultérieur ne soient appelés qu'à défaut de ceux qui les précèdent lors de l'ouverture de la substitution. Il n'y a rien que de plausible dans cette interprétation, il n'y a donc aucune nécessité de supposer un fidéicommis graduel. Ricard (*ibid.*, n° 526) autorise son sentiment d'un arrêt (du 3 avril 1557) rapporté par Peleus.

50. La loi 87, ff. *de Leg.* 2°, contient une espèce dans laquelle, selon nos principes, on doit supposer un premier degré de substitution tacite.—Un héritage avait été légué à deux légataires, et le survivant avait été chargé de le restituer à un tiers. *Fidei autem vestræ verè et sapidè committo, ne eum fundum vendatis : cumque, qui ex vobis ultimus decesserit, cùm morietur, restituat Simphoro*, etc. Paul décide qu'on doit supposer un premier degré de substitution tacite par lequel le prédécédé ait été chargé de restituer, lorsqu'il mourrait, sa part dans la chose léguée au survivant. Cela est conforme à nos principes : le survivant étant seul chargé de restituer au tiers non-seulement la portion qu'il avait dans l'héritage, mais l'héritage entier, il est nécessaire qu'il ait reçu du testateur l'héritage entier, car autrement il ne pourrait être chargé de le restituer; *Cùm nemo fideicommisso onerari possit, in plus quàm accepit;* or, il ne peut avoir reçu du testateur l'héritage entier qu'en supposant un premier degré de substitution, par lequel son colégataire prédécédé avait été chargé de lui restituer sa portion; il est donc nécessaire de supposer ce premier degré de substitution quoiqu'il n'ait pas été exprimé.

51. Pour qu'on doive supposer dans cette espèce un premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant, il faut que deux choses concourent.—1° Il faut que ce soit le survivant seul qui ait été chargé de restituer au tiers.—2° Il faut qu'il ait été chargé de restituer la chose entière, et non pas seulement sa portion.

Premièrement, il faut que ce soit le survivant seul qui ait été chargé de restituer au tiers : si l'un et l'autre en ont été chargés, il n'est pas nécessaire de supposer aucun premier degré de substitution, dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant. Par exemple, s'il est dit : *Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et je les charge, lorsqu'ils mourront, de les restituer à Jean;*

Il n'y a dans cette espèce qu'une substitution simple au profit de Jean, dont Pierre et Paul sont chargés, chacun pour la part qu'il aura recueillie du legs fait à l'un et l'autre, et que chacun d'eux doit restituer lors de sa mort.

52. *Quid*, s'il était dit : *Et je les charge de restituer tous mes biens à Jean ?* La même décision doit avoir lieu. Le mot de *tous* dont le testateur s'est servi, signifie que la substitution dont il charge Pierre envers Jean, et celle dont il charge Paul envers ce même Jean, composent ensemble la substitution de tous ses biens ; cela ne peut s'entendre autrement : car on ne peut pas dire qu'il ait chargé le survivant seul de la substitution de tous ses biens, puisqu'il les charge l'un et l'autre, et on ne peut pas dire non plus qu'il charge chacun d'eux de la substitution du total, puisque le total n'a pas été recueilli par chacun d'eux, il n'a pu grever chacun d'eux du total : *Cùm nemo fideicommisso onerari possit, in plus quàm accepit.* Il faut donc entendre cette clause comme nous l'interprèterons, que les deux légataires ensemble sont chargés de la restitution du total, chacun pour sa part.

53. *Quid*, s'il est dit : *je les charge de restituer mesdits biens à Jean après leur mort ?* Ces termes, *après leur mort*, ne changent point l'espèce, et on doit également décider qu'on ne peut supposer aucune substitution tacite dont le prédécédé soit grevé envers le survivant ; mais bien que la substitution dont le prédécédé est grevé envers Jean, doit être ouverte à sa mort pour sa part, et ne doit point être différée après celle du survivant ; or, cette proposition : *Je les charge de restituer mes biens à Jean*, *après leur mort*, se distribue en deux particulières, qui n'ont été compensées en une seule que pour abréger, et c'est comme si le testateur avait dit : *Je charge Pierre de restituer, après sa mort, mes biens à Jean ; je charge Paul de les restituer, après sa mort, audit Jean.* C'est la disposition précise de la loi 78. § 7. ff. *ad Sct. Trebell.*

54. La première partie de notre décision, « qu'on ne doit supposer, en cette espèce, aucun premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant, » doit être indistinctement suivie.—La seconde dépend plus des circonstances ; car, si Pierre et Paul, que le testateur a chargés de restituer, après leur mort, à Jean, étaient des personnes qui fussent seules héritières, et plus chères au testateur que Jean, qui serait un étranger ou un parent plus éloigné, il faudrait en ces cas décider que ces termes, *après leur mort*, ne doivent pas s'entendre, comme nous l'avons ci-dessus expliqué, en ce sens, *après la mort de chacun d'eux*, mais qu'ils doivent s'entendre en ce sens : *après la mort du dernier décédé*. On doit en ce cas favorablement présumer que le testateur a voulu conserver entre Pierre et Paul le droit de succession *ab intestat*, et que pour cet effet il a différé l'échéance de la substitution, dont il grevait le prédécédé envers Jean, au temps de la mort du survivant, afin que le survivant pût succéder à la part du premier décédé, à la charge de la substitution, s'il mourait.

Quoique le testateur n'ait pas exprimé qu'il chargeait l'un et l'autre de ses héritiers ou légataires envers le tiers, pourvu qu'il ne paraisse pas qu'il en a chargé le survivant seul, on doit supposer qu'il en a chargé l'un et l'autre; et en conséquence, on ne doit supposer aucun premier degré de substitution tacite entre eux. *Par exemple*, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et je substitue Jean après leur mort.* On doit décider de la même manière que lorsque le testateur avait dit: *Et je les charge de les restituer à Jean après leur mort.*

55. Il peut néanmoins y avoir des circonstances, lorsque le testateur ne s'est pas expliqué, si c'est l'un ou l'autre de ses légataires, ou si c'est le seul survivant qu'il entend charger de la restitution du total envers le tiers, qui doivent faire présumer que c'est le survivant seul qu'il a entendu charger, et

qu'en conséquence on doit supposer un premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant.

Par exemple, si le testateur s'est exprimé ainsi : ***Je lègue mes biens à Pierre et à Paul, et je substitue Jean après leur mort, à la charge par Jean de faire construire dans ma patrie un hôtel-de-ville selon un tel plan.*** Si Pierre et Paul ne sont pas héritiers l'un de l'autre, Ricard pense qu'on ne peut guère se dispenser de présumer que le testateur a grevé le survivant seul de la restitution de ses biens à Jean. La raison sur laquelle il se fonde, est que la charge qu'il a imposée à Jean de bâtir un hôtel-de-ville, qui est une charge indivisible, et qui ne peut s'exécuter par parties, fait présumer que l'intention du testateur a été que ses biens fussent restitués à Jean, non par parties, à la mort de chaque légataire, mais en une fois pour le total, à la mort du dernier ; d'où il conclut que le survivant doit être présumé avoir été seul chargé de restituer le total ; car pour quelle raison aurait-il reculé le temps de la restitution de la part du premier décédé à celui de la mort du survivant ? S'ils étaient héritiers l'un de l'autre, on pourrait dire que c'est pour conserver entre eux le droit de succession *ab intestat* ; mais ne l'étant point, il ne paraît pas d'autre raison, sinon qu'il a voulu faire passer la part du premier décédé au survivant, par un premier degré de substitution, avant qu'elle passât à Jean. Cet avis de Ricard ne me paraît pas sans difficulté ; car ne pourrait-on pas dire que dans cette espèce, comme dans les autres, quoique la charge imposée à Jean soit indivisible, il est substitué à chacun des deux légataires, qu'il recueillera la part de chacun à la mort de chacun ; et que néanmoins comme la charge est indivisible, si elle est trop grosse par rapport à la partie des biens du premier décédé, on présume que le testateur n'a entendu l'assujettir à cette charge que lorsqu'il aurait recueilli l'une et l'autre part.

56. Nous avons vu que pour supposer un premier degré de substitution tacite entre deux héritiers ou légataires, à qui on a substitué un tiers, il fallait premièrement que ce fût le survivant seul qui fût chargé de restituer au tiers: il faut secondement que le survivant soit chargé de restituer le total.

C'est pourquoi, si le testateur s'est exprimé ainsi : ***Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et substitue Jean au survivant des deux, après sa mort***, il n'y aura point de premier degré de substitution dont le prédécédé soit censé grevé envers le survivant, parce qu'il est à la vérité seul chargé de restituer à Jean, mais non pas le total. Le testateur ayant dit simplement qu'il lui substituerait Jean, il n'y a aucune nécessité de supposer qu'il soit substitué pour autre chose que pour la part de ce survivant.

57. On a jugé qu'il y avait un premier degré de substitution tacite dans cette espèce, où le testateur s'était exprimé ainsi : ***Au cas que mon fils meure avant vingt-cinq ans, la part qui adviendra à mon frère, sera substituée, après son décès, à ses enfants.*** On a jugé qu'on devait supposer un premier degré de substitution fidéicommissaire tacite, par lequel le fils du testateur, au cas qu'il mourût avant vingt-cinq ans, était chargé de substitution envers le frère du testateur, et il était nécessaire de supposer un degré, sans quoi la substitution dont le frère était grevé envers ses enfants, n'aurait pu être valable, le testateur n'ayant pas pu grever son frère, s'il n'eût fait aucune disposition à son profit. Le premier juge, dont la sentence fut infirmée, avait déclaré nulle toute la disposition, comme contenant une espèce de substitution pupillaire ; mais on juge qu'en supposant favorablement ce premier degré de substitution tacite, la disposition pourrait valoir comme substitution fidéicommissaire [1].

---

[1] Dans toutes ces hypothèses il y aurait aujourd'hui substitution prohibée ; car, comme nous l'avons déjà fait observer, la loi de 1826 n'autorise la substi-

58. C'était autrefois une grande question, lorsque le testateur a grevé son héritier ou son légataire envers quelqu'un, sous la condition *qu'il mourrait sans enfants*, si on devait supposer un premier degré de substitution tacite, par lequel cet héritier ou légataire fût grevé de substitution envers ses enfants s'il en avait.

La plupart des docteurs italiens ont décidé pour l'affirmative. La raison sur laquelle ils se fondent, est que les enfants de cet héritier ayant été plus chers au testateur que n'était celui qu'il lui a substitué expressément, puisqu'il ne l'a substitué qu'à leur défaut ; s'il a fait une substitution à son profit, pour lui conserver les biens qu'il laissait à son héritier, on doit penser qu'à plus forte raison il en a voulu faire une au profit des enfants de son héritier. Ils s'autorisent aussi de la loi 85. ff. *de Hœred, instit.*dont ils font une mauvaise application, cette loi ne décidant rien sur cette question.

Cette opinion a été rejetée par la jurisprudence du parlement de Paris, longtemps avant la dernière ordonnance des substitutions, et avec raison ; car, suivant le principe que nous avons établi, on ne doit point, sans nécessité, en supposer, quoique les enfants de l'héritier fussent plus chers au testateur que celui qu'il a substitué expressément à son héritier, il a pu avoir des raisons particulières pour ne le pas substituer à leur père : *Putà*, parce qu'il convient que des enfants soient dans la dépendance de leur père, et attendent de lui les biens qu'ils ont à espérer, et que ce serait les tirer de cette dépendance que d'obliger leur père, par une substitution, à les leur laisser. Le testateur a pu aussi penser qu'il n'était pas nécessaire d'obliger, par une substitution, un père à conserver ses biens à ses enfants ; que l'affection paternelle suffisait pour l'y engager. On peut encore ajouter, que les conditions étant par leur nature destinées à restreindre les dispositions, il est contre leur nature de les faire servir à les étendre et à en multiplier les degrés. La nouvelle ordonnance de 1747, a consacré cette jurisprudence. Elle décide, *art.* 19. que les enfants qui ne seront point appelés expressément à la substitution, mais qui seront mis seulement dans la condition, sans être chargés de restituer, ne seront en aucun cas regardés comme étant dans la disposition.

59. Cette règle n'était pas tellement invariable avant l'ordonnance, que plusieurs ne crussent qu'on pût déférer à plusieurs circonstances pour s'en écarter, et supposer un premier degré de substitution au profit des enfants mis dans les conditions.

L'ordonnance, audit article, rapporte plusieurs de ces circonstances dans lesquelles elle décide qu'on n'y doit avoir aucun égard.

La première est, lorsque ce ne sont pas simplement *les enfants*, mais *les enfants mâles* qui sont mis dans la condition. Par exemple, *si je charge mon héritier de restituer mes biens*, ou *une telle terre, à un parent de mon nom, au cas que mon héritier meure sans enfants mâles*, plusieurs pensaient, avant l'ordonnance, que le testateur ayant témoigné par cette condition que sa volonté était de conserver, dans sa maison, les biens compris dans la substitution ; cette volonté devait faire supposer en lui celle de faire un premier degré de substitution tacite, au profit des enfants mâles de son héritier, parce que cette fin qu'il se proposait, pourra sans cela n'être pas accomplie, si l'héritier, n'étant point grevé par une substitution, avait la liberté de disposer au profit d'autres personnes que de ses enfants mâles.

---

tution qu'autant que les appelés sont les descendants du grevé. Nous ne devons pas oublier que la règle générale de l'art. 896, C. civ., (*V.* ci dessus, p. 455, note 2, prohibitive des substitutions, n'est point rapportée, que la loi du 17 mai 1826 n'a fait qu'étendre le cercle des exceptions à cette prohibition ; ainsi, en principe, les substitutions sont prohibées.

La seconde, est lorsque la condition est redoublée, comme si j'ai dit : *Si mon héritier meurt sans enfants mâles, ou ses enfants mâles sans enfants mâles, je substitue un tel.* Cette condition redoublée sert à faire connaître encore davantage la volonté du testateur, de conserver dans sa maison les biens compris en la substitution, et paraissait par conséquent augmenter la présomption que le testateur avait eu la volonté de faire ce qui était nécessaire pour cela, et par conséquent des substitutions tacites, par lesquelles il aurait chargé son héritier de restituer ses biens à ses enfants mâles, et lesdits enfants mâles de les restituer à leurs enfants mâles.

Une troisième circonstance, est lorsque la substitution a été faite *à la charge de porter le nom et les armes* de l'auteur de la substitution ; cette circonstance contribue encore à faire connaître la volonté qu'a eue l'auteur de la substitution de conserver dans son nom ses biens, et par conséquent à augmenter la présomption de la substitution tacite qui paraissait en résulter.

La quatrième, est lorsque, dans le pays de droit écrit, le testateur a fait la substitution à un parent de son nom, avec la clause *que l'héritier ne pourrait faire détraction de la quarte Trébellianique;* la défense de la détraction de cette quarte, sert pareillement à faire connaître la volonté qu'a le défunt de conserver ses biens dans sa maison, qu'il veut y être conservés dans toute leur intégrité, et sans aucune diminution, et par conséquent à la présomption de la substitution tacite, qu'il en fait résulter de cette volonté.

La cinquième, est celle qui se tire de la coutume qui s'est pratiquée anciennement dans une famille noble. Si d'ancienneté il a été d'usage dans une famille noble, de substituer certains biens au profit des enfants de l'héritier, et à défaut d'enfants, aux collatéraux ; on présumera que celui de cette famille qui a substitué un collatéral à son héritier, si son héritier décédait sans enfants, a eu intention de se conformer à l'usage de sa maison, et de faire un premier degré de substitution au profit des enfants de son héritier.

Une sixième circonstance, se tire de la qualité et valeur des biens substitués; comme si c'est une terre titrée, de grand prix, très-ancienne dans la famille : ces circonstances servent à persuader de plus en plus de la volonté qu'à eue le testateur de conserver cette terre dans sa maison, et par conséquent, elles servent à faire présumer la substitution tacite qu'on fait résulter de cette volonté.

60. L'ordonnance défend d'avoir égard à aucune de ces présomptions, ce qui doit s'entendre, soit qu'elles se rencontrassent séparément, soit qu'elles se trouvassent réunies.

Non-seulement l'ordonnance rejette les présomptions qu'on pourrait tirer de ces circonstances qu'elle rapporte ; mais en général toutes celles que l'on pourrait tirer de quelque autre circonstance que ce soit ; et en cela elle retranche beaucoup de procès auxquels la discussion de ces différentes circonstances aurait pu donner lieu.

61. On ne doit pas non plus, depuis l'ordonnance, suivre la décision d'un arrêt de 1666 (17 août), rapporté au *tome II du Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 18), si le même cas se rencontrait.

Un héritier avait été grevé de substitution envers ses collatéraux, *au cas qu'il mourût sans enfants*, et le testateur avait déclaré, par son testament, qu'il faisait cette substitution dans la crainte que le grevé ne dissipât les biens qu'on lui laissait. On jugea que l'expression de ce motif devait faire présumer une substitution tacite au profit des enfants du grevé, dans le cas qu'il en laisserait ; étant à présumer que si le testateur a voulu empêcher que le grevé ne dissipât, au préjudice de ses collatéraux, et a cru ne pouvoir empêcher cette dissipation que par une substitution, à plus forte raison a-t-il dû vouloir empêcher que le grevé ne dissipât au préjudice de ses enfants, et a-t-il dû vouloir substituer les enfants, puisqu'il croyait qu'on ne pouvait obvier que par ce moyen à la dissipa-

tion du grevé. Tels furent les motifs de l'arrêt ; mais on devrait aujourd'hui juger le contraire, que, même dans cette espèce, on ne doit pas supposer de substitution tacite au profit des enfants, mis dans la condition de celle faite aux collatéraux, parce que l'ordonnance rejette indistinctement toutes les présomptions par lesquelles on voudrait la supposer.

Par la même raison, quoique la substitution faite au profit de quelqu'un, *au cas que le grevé meure sans enfants*, soit accompagnée d'une défense que le testateur lui a faite d'aliéner, on ne devra pas plus supposer aucune substitution tacite au profit des enfants mis dans la condition ; et la défense d'aliéner, doit être censée n'être faite qu'en faveur du substitué exprimé.

67. L'ordonnance admet une seule cause qui doit faire supposer une substitution au profit des enfants mis dans la condition, c'est lorsqu'ils sont eux-mêmes chargés de restituer ; car, suivant la règle *nemo fideicommisso onerari potest, in plus quàm accepit*, de ce que le testateur les a chargés de restituer ses biens, c'est une conséquence qu'il a voulu les leur laisser, n'ayant pu les charger de les restituer qu'autant qu'il les leur aurait laissés ; il faut donc, en ce cas, nécessairement supposer une substitution tacite à leur profit.

Par exemple, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Si Pierre, mon héritier, décède sans enfants, ou ses enfants sans enfants, je leur substitue Jean.* Il paraît, par ce terme pluriel, *je leur substitue Jean*, que Jean est substitué non-seulement à Pierre, mais les enfants de Pierre ne peuvent être grevés envers Jean, qu'ils ne soient eux-mêmes substitués à Pierre, leur père. Il faut donc nécessairement, dans cette espèce, supposer un premier degré de substitution, par lequel les enfants mis dans la condition de la substitutition faite au profit de Jean, soient eux-mêmes substitués à Pierre, leur père.

Il en serait autrement s'il était dit : *Si Pierre décède sans enfants, ou ses enfants sans enfants, je lui substitue Jean ;* car ce terme singulier *lui* ne pouvant se rapporter aux enfants de Pierre, mais à Pierre seul, Jean n'est substitué qu'à Pierre ; les enfants de Pierre ne seront point grevés, et par con séquent il n'est pas nécessaire de supposer un premier degré par lequel ils soient eux-mêmes substitués à leur père.

68. *Quid,* s'il était dit impersonnellement : *Je substitue Jean?* Je pense qu'il n'est pas nécessaire de supposer, dans cette espèce, que les enfants de Pierre sont grevés envers Jean, d'où il suit, suivant notre principe, qu'ils ne doivent point être censés compris en la disposition et substitution de leur père. Ces termes impersonnels : *Je substitue Jean*, peuvent parfaitement bien se rapporter à Pierre seul, sous l'alternative des deux conditions, dont, suivant les principes, l'existence d'une suffit pour donner ouverture à la substitution ; qu'en conséquence, si la première condition a manqué à la mort de Pierre, parce qu'il a laissé des enfants, il peut encore y avoir lieu, long-temps après la mort de Pierre, à la substitution, par l'existence de la seconde condition, lorsque tous les enfants que Pierre a laissés seront morts sans enfants ; mais quoiqu'en ce cas les biens du testateur passent des enfants de Pierre à Jean, il n'est pas nécessaire de supposer que les enfants de Pierre aient été grevés de leur chef d'aucune substitution envers Jean. Les biens passent à Jean en vertu de la substitution dont Pierre avait été grevé, Pierre n'avait pu les transmettre à ses enfants, ni à aucune autre personne, qu'à la charge de cette substitution ; que s'il n'est pas nécessaire de supposer que les enfants de Pierre aient été de leur chef grevés, on ne doit point les présumer compris dans la disposition.

Si le testateur s'était servi de la conjonction *et* au lieu de la disjonction *ou*, et qu'il eût dit : *Si Pierre décède sans enfants*, ET *ses enfants sans enfants, je substitue Jean ;* Ricard convient qu'en ce cas les enfants de Jean ne doivent point être censés chargés, de leur chef, envers Jean, ni par conséquent tacitement substitués à leur père ; mais il me paraît donner à ces termes un sens forcé, s'il les entend ainsi : *Si lors de la mort de Pierre, il ne se trouve au-*

cuns enfants, ni aucuns des enfants des enfants de Pierre qui l'auraient prédécédé. Pour moi je pense que ces termes ont le même sens que les autres, et que la conjonction y doit passer pour la disjonction, ce qui arrive assez souvent dans le discours.

Si le testateur s'est exprimé ainsi : *Si Pierre et Paul, mes héritiers, décèdent sans enfants, ou leurs enfants sans enfants, je* LEUR *substitue Jean.* Il faut encore décider que les enfants ne sont point compris dans la disposition, parce qu'il n'est point nécessaire de supposer qu'ils aient été grevés de leur chef envers Jean. Ces termes : *je leur substitue Jean,* pouvant fort bien se rapporter seulement à Pierre et à Paul.

SECTION III.

De l'interprétation des substitutions fidéicommissaires ; de l'interprétation de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, et de quelques espèces particulières de substitutions.

ART. Ier. — Règles sur l'interprétation des substitutions, et sur celles de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent.

64. La principale règle est qu'on doit rechercher ce qu'a voulu l'auteur de la substitution, sans s'attacher aux termes.

C'est en conséquence de cette règle, qu'il a été jugé par arrêt du 16 juin 1719, rapporté au 7e tom. du Journal (liv. 2, ch. 40), et par Augeard, que les termes dont se servent les notaires ignorants dans les substitutions, que *celui qui en est grevé n'aura que l'usufruit des biens substitués*, n'empêchaient pas que le grevé ne dût être considéré comme propriétaire de ces biens, et que le terme d'*usufruit* employé dans le testament devait s'entendre, non d'un usufruit proprement dit, mais d'un droit de propriété qui, au moyen de la substitution, devait s'éteindre et se refondre en la personne du grevé à sa mort, et qui, à cause du rapport avec l'*usufruit* qui s'éteint de même, avait été appelé *usufruit* [1]. Il y a quantité d'autres règles que nous avons rapportées au *Traité des Testaments*, pour l'interprétation des legs, et qui sont communes aux substitutions ; nous y renvoyons.

65. Lorsqu'un testateur a partagé ses biens par portions inégales entre ses légataires universels, et qu'il les a substitués les uns aux autres, on doit présumer qu'il a voulu qu'ils partageassent la substitution dans la même proportion que le legs [2].

Cette décision est fondée sur les lois 24 et 41, § 1er, ff. *Vulg. et pupil. subst.*, à l'égard d'héritiers substitués les uns aux autres. L'application en est naturelle à l'égard de nos légataires universels.

---

[1] Il faudrait aujourd'hui plutôt interpréter la disposition dans le sens d'un usufruit, parce qu'on doit croire que le disposant a voulu faire ce qui lui était permis, plutôt que ce qui lui était défendu ; comme substitution, la disposition serait nulle.

[2] On pourrait voir dans cette disposition seulement une substitution vulgaire.

Si donc un testateur a *légué des biens à Pierre pour une moitié, à Paul pour un quart, à Jacques et à Jean pour chacun un huitième, et les a substitués les uns aux autres après leur mort*, Jacques venant à mourir le premier, Pierre qui a eu dans le legs une portion double de celle de Paul et quadruple de celle de Jean, doit avoir une pareille portion dans la substitution ; Paul doit y avoir aussi une portion double de celle de Jean, comme il a eu dans le legs ; c'est pourquoi les biens substitués se partageront en sept portions dont Pierre en aura quatre, Paul deux, et Jean une.

66. Le terme d'*enfants* se trouve souvent employé dans les substitutions, soit dans la disposition, comme lorsqu'*on substitue à quelqu'un ses enfants ;* soit dans la condition : comme lorsqu'*on a grevé quelqu'un de substitution, s'il meurt sans enfants*. Ce terme ne reçoit pas la même interprétation.

Lorsqu'il est employé dans ladisposition, il est restreint aux enfants du premier degré. C'est ce qui résulte de l'art. 11 de l'ordonnance de 1731.

Au contraire, le terme *enfants* employé dans la condition, comprend tous les descendants.

La raison de différence de ces interprétations, est que la cause de l'héritier étant défavorable, la cause de la libération étant favorable, les termes de la disposition de la substitution doivent être entendus dans le sens étroit qui étend le moins qu'il est possible la substitution dont l'héritier est chargé, au lieu que, par la même raison, les termes de la condition qui tendent à restreindre la substitution, doivent être entendus dans le sens large, pour étendre la condition et restreindre la substitution.

67. Ce terme *enfants*, soit dans la disposition, soit dans la condition, ne comprend que les enfants légitimes et ceux qui jouissent de l'état civil. Les bâtards n'y sont point compris, quoique légitimés, autrement que *per subsequens matrimonium,* non plus que ceux nés d'un mariage qui n'a pas les effets civils, ni ceux qui ont perdu l'état civil, soit par une condamnation à peine capitale, soit par la profession religieuse. L'ordonnance, art. 23, le décide pour le cas de la condition où le terme se prend dans la signification la plus large ; ce qui doit par conséquent avoir lieu, à plus forte raison, pour le cas de la disposition.

La raison est que la condition, *s'il meurt sans enfants*, étant mise pour conserver au grevé la faculté de pouvoir transmettre dans sa succession à ses enfants les biens qu'on lui laisse, ce terme ne peut se référer à ceux qui ne sont pas habiles à succéder, tels que sont les bâtards et ceux qui sont morts civilement.

68. Au reste, le terme *enfants,* dans cette condition, comprend même ceux que le grevé aurait justement exhérédés ; car cette condition étant mise pour conserver au grevé le pouvoir de transmettre à ses enfants, dans sa succession, les biens qu'on lui laisse, et restreignant en conséquence la substitution au cas auquel il serait mort sans enfants, auxquels il pût les transmettre ; il suffit qu'il ait laissé ces enfants qu'il a exhérédés, et qu'il ait pu leur transmettre ses biens dans sa succession, pour que cette condition ait manqué. A plus forte raison, le terme *enfants* dans cette condition, doit comprendre ceux qui renoncent à la succession. C'est la décision de la loi 114, § 13, ff. *de Legat.* 1° : *Cùm erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere : conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi : nec quæritur an hæredes extiterint.*

69. Observez au sujet de la condition *s'il meurt sans enfants,* que, quoique le terme *enfants* soit mis au pluriel dans la condition, néanmoins il suffit que le grevé en laisse un seul pour faire manquer la condition. La raison est que, dans notre langue aussi bien que dans la langue latine, on n'est point sans enfants quand on en a un seul. *Non est sinè liberis, cui vel unus filius, unave filia est : hæc enim enunciatio,* HABET LIBEROS NON HABET LIBEROS, *sem-*

per plurativo numero profertur : sicut et pugillares, et codicilli. L. 148, ff. *de Verb. signif. Vide etiam*, L. 249, ff. *eodem*.

Il y a plus, il suffit pour la faire manquer que le grevé laisse sa veuve grosse, (*si quis uxorem prægnantem reliquit, non videbitur sinè liberis decessisse.* L. 187, ff. *de Reg. jur.*), pourvu néanmoins que l'enfant naisse vivant et à terme. Par la même raison, une femme n'est pas censée morte sans enfants, lorsqu'après sa mort on lui en a tiré un par l'opération césarienne. *Etiam ea mulier, quùm moreretur, creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit.....* L. 141, ff. *de Verb. signif.*

70. Si le grevé et l'enfant unique qu'il avait sont morts en même temps, la condition *s'il meurt sans enfants* est censée avoir existé. Ainsi le décide Ulpien en la loi 17, § 7, ff. *ad Sct. Trebell. Magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium ejus supervixisse.* Car cette condition a ce sens : *s'il ne laisse aucun enfant à qui il pût en mourant transmettre ses biens.* Or, on ne peut pas dire qu'il en ait laissé, si l'enfant qu'il avait ne l'a pas survécu : *non est verum filium ejus supervixisse.*

Dans l'incertitude lequel est mort le premier, que doit-on décider? *Cùm autem quis antè, et quis posteà decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est; eàd.* L. 17; *eod.* § 7, ff. *ad Sct. Trebell.*

71. Il nous reste à observer au sujet de la condition, *s'il meurt sans enfants*, qu'elle est double; qu'elle contient deux cas : le cas de la mort du grevé, et le cas qu'il ne laissera pas d'enfants. Il ne suffit donc pas, pour qu'elle soit censée exister, et qu'elle donne ouverture à la substitution, qu'il soit devenu certain qu'il ne laissera pas d'enfants légitimes; parce que, par exemple, s'il est devenu hors d'état d'en avoir par sa promotion à la prêtrise, il faut encore pour cela attendre son décès.

On ajoute quelquefois au terme d'*enfants* celui *nés de légitime mariage :* cette addition est superflue. Elle n'exclut point les enfants légitimés par le mariage subséquent; car, par l'effet rétroactif qu'on donne en leur faveur au mariage, ils sont réputés nés de légitime mariage.

On ajoute aussi quelquefois au terme d'*enfants* ceux de *nés de son corps :* cette addition est également superflue; elle ne restreint pas le terme d'*enfants*, employé avec cette addition, dans une condition, aux seuls enfants de premier degré, car nos enfants des degrés ultérieurs sont vraiment nos enfants de notre corps : elle ne l'étend pas non plus aux bâtards.

72. Le terme de *fils* a une signification moins étendue que celui d'*enfants* dans les conditions ainsi que dans les dispositions. Il ne comprend point les *filles*, quoique dans la langue latine le mot *filius* les comprenne. L. 116, ff. *de Verb. signif.* Le génie de notre langue est différent : l'on n'a jamais compris les deux sexes sous le terme de *fils*, mais seulement sous le terme d'*enfants*.

Le terme de *fils* s'étend-il aussi aux *petits-fils* et autres des degrés ultérieurs? Il est certain qu'il ne s'y étend pas lorsqu'il est employé dans une disposition, car on ne donne pas cette étendue au terme d'*enfants* comme nous l'avons vu ci-dessus, quoiqu'il en soit beaucoup plus susceptible que celui de *fils*. Il n'y a lieu à la question que lorsqu'il est employé dans la condition, comme si quelqu'un est grevé de substitution, *s'il meurt sans laisser aucun fils.* Ricard (*des Substitutions*, ch. 8, sect. 2, part. 4, n° 584) pense que le terme de *fils* s'étend quelquefois, dans l'usage de parler, aux *petits-enfants* et autres d'un degré ultérieur; cela suffit pour qu'on puisse dans la condition lui donner cette étendue.

Mais ce terme doit-il au moins se restreindre aux *petits-fils*, *descendants des fils?* Il y a lieu de le penser; car le testateur ayant voulu exclure de ses biens les filles de son héritier, en ne les mettant point dans la condition avec les fils, il y a tout lieu de présumer qu'il en a voulu pareillement exclure les enfants des filles, surtout lorsque la substitution paraît faite pour conserver

les biens dans la maison, comme lorsque c'est un parent de nom qui y est appelé.

73. Les termes *descendants mâles* se trouvent assez souvent employés dans les substitutions, soit dans la disposition, soit dans la condition, comme lorsqu'il est dit : *Je substitue à Pierre, après son décès, ses descendants mâles*, ou lorsqu'il est dit : *Je substitue à Pierre, s'il meurt sans descendants mâles, un tel*. On demande si ces termes comprennent les descendants mâles des filles de Pierre ?

Il est certin que dans leurs sens propres, ils les comprennent, car les enfants mâles d'une fille de Pierre étant vraiment descendants de Pierre et mâles, sont vraiment ses descendants mâles. Mais comme dans les substitutions on doit consulter plutôt la volonté de l'auteur de la substitution, que les termes dont il s'est servi ; s'il paraît que la substitution a été faite pour conserver les biens dans le nom, ces termes généraux, *descendants mâles*, seront restreints aux descendants mâles du nom, qui soint descendants mâles et par mâles. Il y avait apparemment quelque circonstance de cette nature dans l'espèce de l'arrêt de 1656, rapporté par Soefve (du 23 mars, t. 2, centurie 1, ch. 20), qui a jugé qu'une substitution faite au profit des mâles, descendants du testateur, ne comprenait pas les mâles descendants par filles ; mais s'il n'y a aucune circonstance, ils y seront compris suivant cette règle, *non enim à significatione verborum recedi oportet nisi quùm manifestum est aliud sensisse testatorem ;* de cela seul que le testateur n'a pas admis dans sa disposition les filles de son héritier, on ne peut pas conclure qu'il n'y ait pas voulu admettre les enfants mâles de ces filles. La conséquence serait bonne, s'il n'avait pu avoir d'autre motif de cette préférence des mâles, que la vue de perpétuer les biens dans le nom ; mais il a pu en avoir une autre, fondée sur la différence de sexe, parce que les mâles étant capables d'emplois, ont plus besoin de richesses pour en soutenir la dignité, que les filles, qui n'ont besoin que d'une dot modique pour trouver à se marier selon leur état.

74. Si l'auteur de la substitution avait substitué à quelqu'un après son décès, *ses enfants mâles, et les descendants des mâles*, les filles descendantes des mâles y seraient-elles comprises ?

Elles s'y trouvent comprises dans le sens propre des termes ; car elles sont véritablement les descendantes des mâles ; néanmoins, on peut, dans cette espèce, encore plus facilement que dans la précédente, selon les circonstances, présumer que le testateur a eu envie de perpétuer les biens dans son nom, et qu'il n'a entendu parler que des descendants des mâles, qui seraient eux-mêmes mâles, n'étant pas naturel qu'ayant exclu les propres filles de son héritier, il eût songé aux petites-filles.

ART. II. — Des substitutions d'une famille, et de la substitution de celui de la famille ou de celui des enfants que le grevé a choisi.

§ Ier. *Des substitutions d'une famille.*

75. Le terme de *famille* ou de *race* ne se prend pas ordinairement dans les substitutions pour *familia, agnatio*, mais pour *cognatio*, et il comprend, tant les parents du nom que ceux qui le sont par les femmes, à moins que l'auteur de la substitution ne s'en soit expliqué [1].

Quelquefois néanmoins, suivant les circonstances, il se restreint à la parenté du nom, surtout lorsque ce n'est pas la race ou la famille indistinctement qui est appelée à la substitution, mais seulement les mâles de la famille, les mâles de

---

[1] Le *nom de famille* représente très bien chez nous la composition de la famille romaine, ou *agnatio*.

la race. Ricard (ch. 8, sec. 2, part. 1 n° 596) rapporte un arrêt (du 23 mars 1656) qui l'a ainsi jugé dans le cas d'une substitution perpétuelle de la terre de Gagerand aux mâles de la race.

76. Lorsque le testateur a substitué à quelqu'un, *putà* à son légataire universel, *sa famille*, sans expliquer quelle famille, c'est une question si c'est la sienne ou celle du grevé qu'il a entendu substituer. Ricard distingue si le grevé est un parent du testateur ou un étranger. Si c'est un parent, il décide que le testateur doit être présumé avoir entendu parler de sa propre famille et non de celle du grevé ; et qu'en conséquence ce ne sont pas tous les parents du grevé qui sont appelés à cette substitution, mais seulement ceux du côté du testateur. La raison est qu'on doit présumer, de l'affection naturelle que chacun a pour sa famille, que le testateur a voulu par cette substitution disposer au profit de sa propre famille, plutôt qu'au profit d'une famille qui lui est étrangère.

Que si le grevé est étranger, Ricard pense qu'en ce cas le testateur est censé avoir entendu parler de la famille du grevé et non de la sienne, parce que le testateur ayant fait sortir son bien de sa famille par le legs qu'il a fait à cet étranger, on doit, selon lui, présumer qu'il a fait la substitution, plutôt pour conserver son bien dans la famille, où il l'a porté par le legs qu'il a fait à l'étranger, que pour le conserver à la sienne, d'où il a voulu le faire sortir. Cette décision paraît souffrir quelque difficulté, et la raison sur laquelle Ricard se fonde, ne paraît pas tout à fait concluante ; le testateur a pu préférer la personne de son légataire étranger à sa propre famille, par des motifs puissants et personnels à ce légataire, sans qu'on en puisse conclure qu'il a pareillement préféré la famille de ce légataire à la sienne.

77. Lors de l'ouverture de la substitution à laquelle une famille est appelée, ce ne sont pas indistinctement tous ceux de la famille qui doivent la recueillir. Si l'auteur de la substitution a prescrit lui-même l'ordre dans lequel elle serait recueillie, et nommé ceux qu'il entendait préférer aux autres, on doit suivre ce qu'il a ordonné, sinon ce sont ceux de la famille qui sont en plus proche degré, qui doivent la recueillir [1]. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt qui nominati sunt : aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.* L. 32, § 6, ff. *de Leg.* 2°.

Mais sont-ce ceux de cette famille qui sont les plus proches du testateur, ou ceux qui sont les plus proches du grevé, qui doivent la recueillir ?

Il n'est pas douteux que ce sont les plus proches du grevé, et on n'a aucun égard à sa proximité avec le testateur, mais à sa seule proximité avec le grevé. La nouvelle ordonnance en a une décision formelle en l'espèce de l'art. 22, qui a son application à toutes les autres espèces.— La raison contraire est que les substitués tiennent les biens compris dans la substitution plutôt de l'auteur de la substitution, que de la personne à qui ils sont substitués ; néanmoins, comme ces substitués les recueillent par les mains et par le canal de la personne à qui ils sont substitués, on peut dire, en quelque façon, qu'ils lui succèdent ; or, en toute succession, lorsqu'il est question de savoir quels sont les plus proches pour succéder, c'est la proximité avec la personne à qui on succède qui doit être considérée.

78. Doit-on suivre le même ordre entre les parents d'une famille appelée à la substitution, que celui prescrit par la loi pour les successions *ab intestat ?* Par exemple, entre les enfants du grevé qui recueillent la substitution faite à

---

[1] Le disposant peut, en vertu de la loi du 17 mai 1826, choisir un ou quelques-uns des enfants du grevé.

la famille du grevé, l'aîné de ces enfants doit-il avoir, dans les biens substitués, les mêmes prérogatives d'aînesse qu'il aurait s'il y succédait *ab intestat?* —Entre les collatéraux du grevé qui se trouvent en même degré, les mâles doivent-ils exclure les filles dans les biens féodaux compris en la substitution, comme ils les excluraient s'ils succédaient *ab intestat?*—Les parents d'un double lien doivent-ils exclure ceux d'un simple lien?—Dans les coutumes qui ont égard à cette prérogative, un neveu d'un frère prédécédé du grevé, viendra-t-il, par représentation de son père, à la substitution avec les autres frères du grevé, comme il serait venu à la succession *ab intestat?*

On peut dire, en tous ces cas, en faveur de l'ordre des successions *ab intestat*, que l'auteur de la substitution n'ayant point déclaré dans quel ordre les parents de la famille qu'il a appelés à la substitution la recueilleraient, il est censé, sur cet ordre, s'en être rapporté à la loi; que s'il est permis à l'homme de changer, par ses dispositions, l'ordre prescrit par la loi, au moins faut-il que ses dispositions qui intervertissent cet ordre, soient constatées, et que dans tout ce sur quoi il ne s'est point expliqué, l'ordre de la loi doit être suivi.

Quelque spécieuses que paraissent ces raisons, il semble que la nouvelle ordonnance n'y a eu aucun égard, et qu'elle a voulu que, pour l'ordre dans lequel les parents d'une famille appelés à une substitution la recueilleraient, on n'eût égard qu'à la seule proximité, sans considérer aucunement l'ordre établi pour les successions *ab intestat*, à moins que l'auteur de la substitution n'eût expressément déclaré, par l'acte, qu'il entendait que la succession fût déférée dans l'ordre des successions *ab intestat*. Elle l'a décidé expressément, art. 21, pour le cas de la représentation, qu'elle décide ne devoir avoir lieu dans les substitutions, soit en directe, soit en collatérale, si l'auteur de la substitution n'a ordonné expressément que la substitution serait déférée dans l'ordre des successions. Il y a même raison pour le décider dans les autres cas. C'est pourquoi l'on doit décider, selon l'esprit de la nouvelle ordonnance, qu'entre les enfants du grevé, l'aîné ne prendra dans les biens substitués, aucunes prérogatives d'aînesse : qu'entre les collatéraux du grevé, les mâles ne seront point préférés aux filles dans les biens féodaux; les parents du double lien ne seront pas préférés à ceux du simple lien, parce qu'il y a même raison de décider pour ces cas que pour celui de la représentation, qu'on ne doit considérer que la seule proximité du degré, sans avoir égard à l'ordre établi pour les successions *ab intestat*, puisque les successions par substitution sont entièrement contraires aux successions légitimes; ce qui a été établi à l'égard des unes, ne peut avoir d'application à l'égard des autres.

79. Il reste une question touchant ceux qui doivent recueillir la substitution à laquelle la famille a été appelée : si l'auteur de la substitution, en appelant la famille à la substitution, a déclaré qu'*il voulait que les mâles fussent préférés aux filles*, cette préférence doit-elle s'entendre seulement en proximité de degré?—Je le penserais assez, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui donnassent lieu de présumer autrement.

§ II. *De la substitution de celui de la famille que le grevé a choisi.*

80. Quelquefois l'auteur de la substitution, en substituant à quelqu'un ses enfants ou sa famille après son décès, lui permet de choisir celui des enfants ou de la famille à qui il restituera les biens compris en la substitution.

Comme, par exemple, si un testateur s'est exprimé ainsi : *Je fais Pierre, mon neveu, légataire universel de mes biens, et je lui substitue, après son décès, celui de la famille qu'il aura choisi*[1].

---

[1] La loi de 1826 ne nous paraît pas permettre cette disposition, il nous semble qu'elle suppose que le disposant a lui-même indiqué quels seront les ap-

On demande si cette faculté de choix est censée exprimée par ces termes : *ou à l'un d'eux*, qui se trouvent dans l'espèce de la loi ci-après citée. Papinien décide que non, et qu'ils signifient seulement que, s'il n'en reste qu'*un*, il recueillera seul la substitution. La substitution avait été faite en ces termes : *Petò de te, uxor carissima, uti, cum morieris, hæreditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles, ex totâ cognatione meâ.*

Papinien décide que le choix n'est accordé qu'à l'égard des petits-enfants et des collatéraux, à défaut de petits-enfants, et non des enfants. *Inter filios respondi substitutionem fideicommissi factam videri. Circa nepotes, autem et cæteros cognatos, facultatem eligendi datam. Ex cæteris autem cognatis, si nepotes superessent, non rectè mulierem electuram, propter gradus fideicommissi præscriptos; deficiente verò gradu nepotum; ex cognatis, quam velit, personam eligi posse.* L. 57, § 2, ff. *ad Sct. Trebell.*

81. La différence entre la substitution et la faculté de choix, et celle par laquelle on substitue simplement la famille, est que, lorsque le grevé, en conséquence de la faculté de choisir qui lui est accordée, a déclaré son choix en faveur de quelqu'un de la famille, la substitution ne sera ouverte par son décès qu'au profit de celui ou ceux qu'il aura choisis, au lieu que, si on eût simplement substitué la famille, sans accorder ce choix, la substitution aurait été ouverte au profit de tous ceux de la famille qui se seraient trouvés les plus proches parents du grevé, lors de l'ouverture.

82. Le choix que le grevé fait selon la faculté qui lui est accordée, d'une personne de la famille, n'est point une disposition qu'il fasse envers cette personne qu'il choisit; c'est un pur choix : c'est pourquoi la personne qu'il a choisie, qui en vertu de ce choix recueille la substitution, n'est point du tout censée tenir les biens compris en la substitution de celui qui l'a choisie; mais elle est censée les tenir de l'auteur de la substitution.

C'est pourquoi le grevé qui a fait ce choix, ne peut pas, pour raison de ce seul choix, imposer aucune charge à la personne qu'il a choisie; car, en la choisissant, il n'a proprement exercé aucune libéralité envers elle, il ne lui a donné rien du sien. *Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est : quid est enim quod de suo videatur reliquisse qui quod relinquit omnimodò reddere debuit?* L. 67, § 1er, ff. *de Leg.* 2°.

Ce choix n'étant point une disposition que le grevé fasse de ses biens envers la personne qu'il a choisie, il peut le faire par quelque acte que ce soit, pourvu que ce soit par écrit.

83. Si le grevé avait fait un legs ou une donation des biens sujets à cette substitution, à quelqu'un de la famille, cet acte vaudrait, non comme un legs, ni comme donation (si ce n'est jusqu'au temps de l'ouverture de la substitution); mais comme renfermant le choix dont on lui avait laissé la faculté, et la personne à qui il les aurait ainsi légués ou donnés, tiendrait, depuis l'ouverture de la substitution, ces biens, non de celui qui les aurait ainsi légués ou donnés, mais de l'auteur de la substitution.

Ce choix peut même être contenu dans un legs universel, fait par le grevé à quelqu'un de la famille; lequel legs universel ne vaudra comme legs que par rapport aux biens libres que le grevé pouvait avoir d'ailleurs que de la substitution; mais par rapport à ceux compris en la substitution, il ne vaudra que comme un acte renfermant le choix dont la faculté lui avait été accordée par rapport auxdits biens.

---

pelés parmi les descendants du grevé. Il ne faut pas oublier que, même depuis cette loi, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, la règle générale est : « *les substitutions sont prohibées* » ; il n'y a donc de permis, en cette matière, que ce que le législateur a déclaré expressément.

Ce legs universel ne sera néanmoins censé renfermer le choix de la personne du légataire universel, par rapport aux biens substitués, qu'autant que le testateur n'aurait pas disposé desdits biens envers d'autres, par des dispositions particulières.

84. Comme c'est la substitution qui est le titre de la personne de la famille que le grevé a choisie, il suit de là qu'il faut que cette personne existe et soit capable de recueillir la substitution au temps de son ouverture.

C'est pourquoi si quelqu'un m'a substitué après mon décès pour un certain héritage, celui de la famille que je choisirais, et que je l'aie donné entre-vifs à une personne de la famille; si cette personne me prédécède, ou perd l'état civil, de telle manière que, lors de mon décès qui donne ouverture à la substitution, elle n'existe plus, ou soit incapable de la recueillir, le choix que j'ai fait de cette personne, par la donation que je lui ai faite, demeure caduc, et la substitution doit être recueillie par tous ceux de la famille qui se trouveront, lors de mon décès, être mes plus proches parents; c'est ce qui est décidé par la loi 77, § 10, ff. *de Leg.* 2°. *Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter cæteros habiturus est, remotâ matris electione.*

85. Un mineur à qui on a substitué celui de sa famille qu'il choisirait, n'a pas besoin, pour faire ce choix, de l'autorité de son tuteur; car il ne peut se préjudicier par ce choix, il n'aliène ni contracte : je ne pense pas même qu'une femme mariée, en pareil cas, ait besoin, pour faire ce choix, de l'autorisation de son mari; car cette autorisation est requise pour les faits qui peuvent la concerner pour aliéner, ou même pour acquérir, pour s'obliger ou obliger les autres; mais ce choix est un pur fait qui, en quelque façon, ne la concerne pas.

Celui à qui on a substitué celui de la famille qu'il choisirait, ne peut plus le faire, s'il vient à perdre l'état civil avant que de l'avoir fait; car, par sa mort civile, la substitution a été ouverte à tous ses plus proches parents : le droit leur étant acquis, il ne peut plus y avoir lieu au choix. Nous ne suivons pas la maxime du droit romain, car suivant la loi 77, § 4, ff. *de Leg.*, 2°. *Electionem non esse pœnâ peremptam placuit.*

86. Lorsque celui qui était grevé d'une substitution après son décès envers celui de la famille qu'il choisirait, est mort sans avoir fait ce choix, ou que celui qu'il a fait, est demeuré caduc par le prédécès ou l'incapacité de la personne qu'il avait choisie, il semble que, n'ayant point usé du choix qui lui a été accordé, conséquemment la substitution doit en ce sens être ouverte à tous ceux de la famille qui se trouvent les plus proches parents du degré, comme si la famille eût été simplement appelée à la substitution, sans donner aucun choix au grevé; c'est la décision de Papinien en la loi 67, § 7, ff. *de Leg.*, 2°. (*Defuncto eo priusquàm eligat, petent omnes*); Mais, dans notre jurisprudence, on présume facilement, selon les circonstances, surtout dans les anciennes maisons, que le droit que lui avait donné le testateur de choisir une personne de la famille, à qui les biens compris dans la substitution seraient restitués, et l'auteur de la substitution ayant eu principalement en vue qu'ils ne fussent pas divisés, on puisse admettre quelquefois l'aîné seul, à l'exclusion des autres, à recueillir tous les biens compris dans la substitution. Il y a au 6e volume du Journal un arrêt du 13 juillet 1712 (liv. 2, ch. 40), qui, à défaut de choix, et n'y ayant point d'enfants mâles, a admis la fille aînée à recueillir seule la substitution.

ART. III. — De la substitution qui résulte de la défense d'aliéner.

87. Nous avons vu que la défense d'aliéner hors de la famille renfermait quelquefois une substitution fidéicommissaire tacite; il faut examiner, à l'égard de cette espèce particulière de substitution :

1° Quelles défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes?

2° Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors de la famille ?

3° Quelles espèces d'aliénations donnent ouverture à cette substitution ?

4° Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille.

§ Ier. *Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner, et dans quels actes?*

88. La *défense d'aliéner*, portée par un testament, ne renferme une substitution que lorsqu'il paraît par le testament que c'est en faveur de quelque autre que celui à qui la défense est faite, que le testateur l'a faite. Par exemple, s'il est dit : *Je défends à mon fils d'aliéner les biens que je lui laisse, afin qu'ils soient conservés à ma postérité ;* ou même s'il est dit : *Je lègue à un tel mes biens, qu'il ne pourra aliéner hors de la famille;* dans ces cas, la défense d'aliéner renferme une substitution au profit de la postérité du testateur, ou au profit de la famille du légataire ; car le testateur a suffisamment exprimé que c'est, ou en faveur de la famille du légataire, ou en faveur de sa postérité, qu'il faisait cette défense.

Si au contraire le testateur s'est expliqué ainsi : *Je lègue à un tel mes biens, que je lui défends d'aliéner,* cette défense ne renfermera aucun fidéicommis ; car, étant incertain si c'est seulement en faveur de son légataire qu'il lui a fait cette défense, pour l'avertir de ne pas dissiper ce qu'il lui laisse, ou si c'est en faveur de quelque autre, auquel il aurait voulu substituer ses biens, au cas que le légataire les aliénerait, on ne peut tirer de cette défense aucune conséquence nécessaire que le testateur ait voulu, par cette défense, substituer ses biens à quelqu'un, puisqu'on peut interpréter autrement, d'une manière plausible, la défense qu'il a faite à son légataire, en la regardant comme un simple avertissement qu'il lui donne pour son simple intérêt ; et par conséquent, suivant la règle que nous avons établie ci-dessus, on ne doit pas, en ce cas, induire une substitution de la prohibition d'aliéner faite au légataire ; et elle ne doit passer que pour un simple avertissement, un simple conseil, *nudum consilium, nudum præceptum* [1]. C'est ce que nous apprenons de la loi 114, § 14, ff. *de Leg.,* 1°.

89. Il n'est pas néanmoins toujours nécessaire, pour que la défense d'aliéner renferme une substitution fidéicommissaire, que le testateur ait exprimé en faveur de qui il faisait cette défense, pourvu qu'on puisse connaître d'ailleurs, en faveur de qui il l'a voulu faire : comme dans l'espèce de la loi 74, ff. *ad Sct. Trebell.,* où un père s'était ainsi exprimé à l'égard de sa fille : « Je « vous recommande de ne point disposer par testament des biens que je vous « laisse, tant que vous n'aurez point d'enfants. » *Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint.* L'empereur Sévère décida que ces termes renfermaient une substitution fidéicommissaire au profit des collatéraux de cette fille, faite sous condition qu'elle n'aurait point d'enfants. *Pronuntiavit Imperator fideicommissum ex hâc scripturâ deberi.* La raison est que, quoique le testateur n'ait pas, dans cette espèce, exprimé en faveur de qui il défendait à sa fille de disposer par testament, néanmoins il est visible que c'était en faveur des parents de sa famille, les plus prochains à succéder, qu'il faisait cette défense, puisqu'il la faisait seulement pour le cas auquel sa fille n'aurait point d'enfants, et par conséquent pour le cas auquel les collatéraux de sa fille auraient intérêt que cette fille ne fît point de testament [2].

---

[1] A plus forte raison faudrait-il le décider ainsi aujourd'hui que les substitutions ne sont plus admises en principe, mais seulement par exception.

[2] Cette décision serait aujourd'hui inadmissible.

90. Il y a même lieu de soutenir qu'en général, la simple *défense de tester*, faite par le testateur à son héritier ou légataire, renferme une substitution en faveur des plus proches parents de cet héritier ou légataire, de ce qui se trouvera rester des biens du testateur à cet héritier ou légataire, lors de sa mort, et qu'en cela la *défense de tester*, diffère de la simple *défense d'aliéner*.

La raison de différence est sensible : dans la *défense d'aliéner*, que le testateur a faite à son héritier, il peut n'avoir eu en vue que l'intérêt de son héritier ; on ne peut donc pas en conclure qu'il ait voulu faire une substitution : mais *la défense de tester* ne peut concerner l'intérêt de celui à qui on fait cette défense, elle ne peut concerner que celui de ses parents ; on en doit donc conclure qu'elle renferme une substitution au profit desdits parents [1]. La loi 77, § 24, *prin.*, ff. *de Leg.* 2°, paraît contraire à cette décision. Dans l'espèce de cette loi, le testateur s'était exprimé ainsi : *Mando filiæ meæ, pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat.....* Il y est à la vérité décidé que cette défense de tester ne renferme aucun fidéicommis : la réponse est que le testateur, par ces termes, *pro salute ipsius sollicitus,* avait manifestement déclaré que c'était pour l'intérêt de sa fille qu'il lui faisait cette défense de tester, de peur que l'héritier qu'elle instituerait, n'attentât à sa vie pour avoir plus tôt son bien ; ce qui était assez commun chez les Romains, ainsi que la suite de la loi que nous avons citée l'exprime clairement : *Ità enim poterit siné periculo vivere.* Mais, parmi nous, les testaments sont secrets, et on n'a pas vu d'exemples de pareils attentats ; cette loi ne peut donc y recevoir d'application. Il faut pourtant convenir que la question souffre difficulté.

91. La simple *défense d'aliéner*, lorsque le testateur n'a pas témoigné en faveur de qui il faisait cette défense, ne passe à la vérité que pour un simple avis, *nudum præceptum*, auquel celui à qui la défense est faite peut impunément ne pas déférer ; mais si le testateur avait fait cette défense au légataire, *à peine de nullité du legs qu'il lui faisait,* en ce cas le legs serait fait sous une condition résolutoire en cas d'aliénation, qui donnerait aux héritiers du testateur, en ce cas, une action en répétition de la chose léguée [2].

92. La *défense d'aliéner hors de la famille*, dans une donation entre-vifs, renferme-t-elle une substitution au profit de la famille, comme elle la renfermerait si elle était portée par un testament ?—Ricard, après Bartole, pense que la même raison qui fait conclure dans les testaments que le testateur a voulu, par cette défense, faire une substitution à la famille, doit faire conclure que, dans l'acte de donation, telle a été l'intention des parties contractantes.

§ II. *Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors la famille ?*

93. La *défense* qu'un testateur fait à son héritier d'*aliéner hors la famille*, et autres semblables *défenses d'aliéner*, renferment une substitution faite au profit de la famille, sous la condition que l'héritier à qui la défense est faite, aliénerait hors la famille les biens, contre la défense qui lui a été faite. Ce n'est que cette aliénation, qu'il en ferait, qui peut donner ouverture à la substi-

---

[1] La prohibition de tester ne pourrait être considérée que comme un conseil, et ne serait point obligatoire.

[2] Nous pensons au contraire que cette condition serait réputée non écrite, art. 900, C. civ. Le testateur ne peut plus disposer après sa mort.

Art. 900 : « Dans toute disposition « entre-vifs ou testamentaire, les con- « ditions impossibles, celles qui seront « contraires aux lois ou aux mœurs, « seront réputées non écrites. »

tution, et il en peut valablement disposer au profit de telle famille que bon lui semblera. L. 4, Cod. *de Fideicommis.*

94. Il en serait autrement s'il y avait une substitution expresse au profit de la famille, quoique accompagnée d'une défense d'aliéner.

En cela cette substitution diffère de celle par laquelle *on substitue à quelqu'un, après son décès, celui de la famille qu'il a choisi.* Celui qui est grevé d'une telle substitution, ne peut, comme nous l'avons vu à la section précédente, disposer proprement, même envers une personne de la famille, des biens substitués ; et s'il le fait, cette disposition ne vaudra que comme un choix qu'il fera de cette personne, qui tiendra les biens qu'il lui a donnés ou légués, non de lui, mais de l'auteur de la substitution. Au contraire, celui à qui on a fait *défense d'aliéner hors la famille*, peut valablement disposer envers une personne de la famille des biens qu'on lui a défendu d'aliéner hors la famille ; la personne de la famille envers qui il en dispose, les tient véritablement de lui. La raison est qu'il ne résulte de cette défense d'aliéner aucune substitution, sinon pour le cas auquel celui à qui cette défense est faite, aliénerait hors la famille. Cette différence est remarquée en la loi 67, § 5, ff. *de Leg.* 2°.

§ III. *Quelles aliénations donnent ouverture à cette substitution?*

95. Lorsque le testateur a défendu à son héritier ou à son légataire *d'aliéner hors de la famille* les biens qu'il lui a laissés ; il y a ouverture de substitution lorsqu'il les aliène à quelque titre que ce soit. Il n'importe que ce soit à titre onéreux, comme s'il les vend, s'il les échange, ou à titre gratuit ; il n'importe que ce soit entre-vifs ou par testament, ni que ce soit à titre singulier ou à titre universel ; c'est pourquoi si celui à qui cette défense a été faite, fait un legs universel de ses biens, sans en excepter ceux qu'on lui avait défendu d'aliéner, ce legs universel qui renferme les biens dont l'aliénation lui était interdite, est regardé comme une aliénation qui donne ouverture à la substitution : c'est ce qui est décidé par la loi 69, § 3, ff. *de Leg.* 2°. *Fratre hærede instituto petiit ne domus alienaretur, sed in familiâ relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit, vel intereà hærede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familiâ fuerunt.*

96. Si la défense d'aliéner n'était pas en termes indéfinis, mais que le testateur eût défendu à son héritier ou légataire universel *d'aliéner durant sa vie hors la famille, les biens qu'il lui laisse*, il n'y aurait que les aliénations faites par des actes entre-vifs qui donneraient ouverture à la substitution, qui résulte de cette défense ; les dispositions testamentaires n'y donneraient pas ouverture, car elles ne sont pas comprises dans la défense que le testateur a faite à son héritier d'aliéner durant sa vie, puisque celui qui dispose par testament, n'aliène qu'après sa mort. C'est la décision de la loi 38, § 3, ff. *de Leg.* 3°. *Fundum à filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignerari, et hæc verba adjecit : « Quod si adversus voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere. Ità enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunquàm exeat. » Quæsitum est, cùm vivus filius eum fundum secundùm voluntatem patris retinuerit ; an defuncto eo, non ad hæredes scriptos à filio ; sed ad eos, qui de familiâ sunt, pertineat? Respondit, hoc ex voluntate defuncti colligi posse, filium, quoad viveret, alienare vel pignerare non posse ; testamenti autem factionem in eo fundo in extraneos etiam hæredes habiturum.*

97. Si celui à qui il avait été défendu *d'aliéner, durant sa vie, hors la famille*, a contracté durant sa vie des dettes pour lesquelles les biens qu'on lui a défendu d'aliéner ont été décrétés et vendus après sa mort, il y aura ouverture à la substitution ; car, quoique la vente n'en ait pu être consommée pen-

dant sa vie, on peut dire qu'il les a aliénés durant sa vie, en contractant durant ce temps les hypothèques pour lesquelles ils ont été vendus; d'autant plus qu'*alienationis nomine venit hypotheca*[1].

98. La *défense de vendre* ne doit pas s'étendre à la donation, *nec vice versâ;* c'est pourquoi si un testateur a légué à quelqu'un ses biens ou certains héritages, *à la charge de ne les point vendre hors la famille,* la donation qu'il en fera à un étranger, ne donnera pas ouverture à la substitution.

99. De quelque manière que soit conçue la défense d'aliéner, elle ne peut comprendre les aliénations nécessaires; c'est pourquoi si celui à qui cette défense est faite reçoit le rachat d'une rente, s'il est provoqué à licitation, et que, sur cette demande, l'héritage dans lequel on lui laisse une part indivise, soit adjugé à un étranger ; s'il est forcé de vendre par un arrêt du conseil, pour quelque cause d'utilité publique ; si des héritages sont saisis ou vendus pour des hypothèques qu'il n'ait pas lui-même contractées, mais qui aient été contractées soit par le testateur, soit par les auteurs du testateur ; toutes ces espèces d'aliénations et autres semblables, ne donneront aucune ouverture à la substitution.

100. Quand même les héritages qu'il m'a été défendu d'aliéner hors la famille, seraient saisis et vendus pour des dettes que j'aurais moi-même contractées, si je les ai contractées pour acquitter les dettes des créanciers du testateur, la vente sera censée pour les dettes du testateur, et il ne demeurera aucune ouverture à la substitution. *Vide eâd.* L. 38. ff. *eod. tit.*

Quand même quelques-uns des héritages laissés à l'héritier, *à la charge de ne les point aliéner hors la famille,* auraient été vendus, non sur une saisie réelle, mais par une vente volontaire, et de gré à gré ; néanmoins si cette vente avait été faite pour acquitter les dettes du testateur, et qu'il n'y eût pas dans sa succession de quoi les acquitter autrement que par cette vente, elle devrait encore passer pour exceptée de la défense d'aliéner, et ne donnerait point ouverture à la substitution ; car le testateur en défendant d'aliéner, n'a pu ni voulu empêcher qu'on aliénât ce qui serait nécessaire pour l'acquittement de ses dettes. C'est encore la décision de la loi 38 ci-dessus citée.

101. Il n'y a pas ouverture à la substitution qui résulte de la défense qu'un testateur a faite d'aliéner ses biens hors de la famille, lorsque le légataire à qui ils ont été légués à cette charge, les transmet dans la succession, *ab intestat*, à des héritiers qui ne sont point de la famille du testateur qui les lui avait légués ; car il ne les a point aliénés en les laissant dans la succession, *ab intestat* ; c'est la loi qui les aliène. C'est la décision précise de la loi 77, § 28, ff. *de Leg.* 2°; dans l'espèce d'un legs fait sous la clause *ne de nomine exiret*, le jurisconsulte décide que le fils de l'un des légataires, ayant recueilli, dans la succession, *ab intestat*, de sa mère, la part qu'elle avait dans les choses léguées, pouvait la retenir, quoiqu'il ne fût plus du nom du testateur ; et qu'il n'y avait pas ouverture à la substitution résultante de cette clause *ne de nomine exiret*. La loi 88, § 16, ff. *de leg.* 2° n'est point contraire à cette décision ; car dans l'espèce de cette loi, il n'y avait pas une simple défense d'aliéner hors la famille, mais une substitution expresse au profit des sœurs de l'héritier, par ces termes : *habes filios sororum tuarum, quibus relinquas.*

102. Lorsque l'héritier ou légataire à qui il a été défendu d'aliéner hors la famille, n'a vendu à un étranger, qu'après avoir sommé tous ceux de la famille, d'acheter, et qu'ils en ont été tous refusants ; Ricard, suivant l'opinion de plusieurs docteurs, décide qu'il n'y a pas ouverture à la substitution au profit de la famille, n'ayant tenu qu'à elle d'acheter l'héritage. J'aurais de la peine à être de cet avis : la défense d'aliéner hors de la famille, ne signifie pas que

[1] Cet adage ne doit pas être pris à la lettre.

celui à qui cette défense est faite sera obligé, quand il voudra aliéner, de préférer ceux de la famille ; mais elle signifie qu'il ne pourra aliéner sans donner ouverture à la substitution.

§ IV. *Quelles personnes sont appelées à la substitution résultant de la défense d'aliéner hors de la famille ?*

103. Ce sont les personnes de la famille qui se trouvent les plus proches lors de l'aliénation, qui donnent ouverture à la substitution, qui doivent la recueillir.

Ceux qui auraient eux-mêmes aliéné leurs portions contre la défense du testateur, ne sont pas admis à recueillir la substitution des portions de leurs colégataires, qui seraient aliénées en même temps ou depuis la leur, elles doivent appartenir en entier à ceux qui n'ont point contrevenu au testament. *L.* 77. § 27. ff. *de Leg.* 2°.

Mais si après avoir recueilli les portions de mes colégataires qui ont aliéné leurs portions les premiers, je viens moi-même à contrevenir au testament en aliénant ma part, je ne laisserai pas de conserver l'émolument de la substitution que j'ai recueillie ; *eod.* § 27.

SECTION IV.

Des personnes qui peuvent faire des substitutions ; de celles qui y peuvent être appelées, ou en peuvent être grevées ; quand et jusqu'à quelle concurrence ? Et des choses qui en peuvent être l'objet.

ART. Ier. — Des personnes qui peuvent faire des substitutions ; de celles qui peuvent y être appelées ; ou de celles qui en peuvent être grevées ; quand et jusqu'à quelle concurrence.

§ Ier. *Des personnes qui peuvent faire des substitutions.*

104. Les substitutions sont ou testamentaires, ou font partie d'un acte entre-vifs, tel qu'un contrat de mariage, ou une donation, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Celles qui sont testamentaires, peuvent être faites par toutes les personnes qui sont capables de tester, et non par d'autres. Voyez à cet égard notre *Traité des Testaments.*

Celles qui font partie d'un acte entre-vifs, peuvent être faites par tous ceux qui sont capables de donner entre-vifs, et non par d'autres[1]. Voyez à cet égard notre *Traité des Donations.*

---

[1] Les art. 897, 1048 et 1049 du C. civ. ne permettaient les substitutions qu'aux père et mère du grevé, ou à ses frères et sœurs n'ayant pas d'enfants. Mais la loi du 17 mai 1826 n'exige plus qu'il y ait parenté entre le disposant et le grevé, en sorte qu'on peut dire aujourd'hui : « Ceux qui ont la capacité « de disposer par testament ou par do- « nation peuvent faire une substitu- « tion. » *V.* art. 897, 1048 et 1049, C. civ.

Art. 897 : « Sont exceptées des deux « premiers paragraphes de l'article « précédent (prohibitifs des substitu- « tions) les dispositions permises aux « pères et mères et aux frères et

C'est pourquoi, si on demande « si un mineur qui a l'âge de tester, si un aubain, peuvent faire une substitution,» il faut répondre : le mineur qui a l'âge de tester, peut faire une substitution testamentaire de ce dont il lui est permis de disposer par testament, puisqu'il est capable de tester; mais il ne peut pas faire de substitution par acte entre-vifs, puisqu'il n'est pas capable de donner entre-vifs.—*Contrà*, un aubain peut faire une substitution par acte entre-vifs, soit par un contrat de mariage, soit par une donation entre-vifs, puisqu'il est capable de ces actes ; mais il ne peut pas faire de substitution testamentaire, n'étant pas capable de tester [1].

§ II. *Des personnes qui peuvent être appelées à une substitution.*

105. On doit faire la même distinction. On peut appeler à une substitution testamentaire toutes les personnes envers qui on peut disposer par testament, et non d'autres. Voyez pour cela notre *Traité des Testaments.*

Si la substitution est par un acte entre-vifs, on y peut appeler tous ceux à qui on peut donner entre-vifs, et non d'autres [2]. Voyez notre *Traité des Donations.*

Par exemple, on ne peut pas appeler un aubain à une substitution testamentaire, parce qu'il n'est pas capable de recevoir par testament ; mais il peut être appelé par une substitution portée par une donation entre-vifs, parce qu'il n'est pas incapable d'être donataire entre-vifs.

Contrà, dans les coutumes qui ne permettent pas aux mari et femme de se donner entre-vifs, et qui leur permettent de se donner par testament, je ne pourrai pas faire une substitution au profit de ma femme par une donation entre-vifs ; mais je pourrai l'appeler à une substitution testamentaire.

« sœurs, au chapitre VI du présent titre. » (Art. 1048 et 1049.)

Art. 1048 : « Les biens dont les pères « et mères ont la faculté de disposer, « pourront être par eux donnés, en « tout ou en partie, à un ou plusieurs « de leurs enfants, par actes entre-vifs « ou testamentaires, avec la charge de « rendre ces biens aux enfants nés et « à naître, au premier degré seule- « ment, desdits donataires. »

Art. 1049 : « Sera valable, en cas de « mort sans enfants, la disposition que « le défunt aura faite par acte entre- « vifs ou testamentaire, au profit d'un « ou plusieurs de ses frères ou sœurs, « de tout ou partie des biens qui ne « sont point réservés par la loi dans sa « succession, avec la charge de rendre « ces biens aux enfants nés et à naître, « au premier degré seulement, desdits « frères ou sœurs donataires. »

[1] Les étrangers peuvent aujourd'hui disposer, même par testament, de leurs biens situés en France.

[2] D'après le Code (art. 1050, C. civ.) la charge de rendre ne pouvait être qu'au profit de tous les enfants du grevé, au premier degré seulement et sans distinction de sexe ou de primogéniture.

Art. 1050 : « Les dispositions per- « mises par les deux articles précé- « dents (1048 et 1049, C. civ., *V.* ci- « dessus), ne seront valables qu'au- « tant que la charge de restitution « sera au profit de tous les enfants « nés ou à naître du grevé, sans « exception ni préférence d'âge ou de « sexe. »

La loi nouvelle (17 mai 1826) veut que les appelés soient des descendants du grevé, mais elle n'exige pas qu'ils soient tous appelés « les biens dont il « est permis de disposer, aux termes « des art. 913, 915 et 916, C. civ., « pourront être donnés en tout ou en « partie par acte entre-vifs ou testa- « mentaire, avec la charge de les rendre « *à un ou plusieurs enfants* du dona- « taire, nés ou à naître, jusqu'au « deuxième degré inclusivement. »

Mais si l'appelé ou les appelés ne sont pas descendants du grevé, la disposition sera nulle, art. 896, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 455, note 2.

106. Par la même raison, la disposition des coutumes *que nul ne peut être héritier et légataire*, a lieu à l'égard des substitutions testamentaires, qui ne diffèrent pas des legs, nos fidéicommis en pays coutumier n'étant proprement que des legs.

Celui qui s'est porté héritier du testateur ne peut donc pas recueillir la substitution testamentaire de la portion de quelqu'un de ses cohéritiers, à laquelle il aurait été appelé ; car il serait héritier et légataire vis-à-vis de son cohéritier ; ce que les coutumes ne permettent pas.

107. Cette décision a lieu, soit qu'il y ait été appelé nommément, soit qu'il y ait été appelé collectivement *inter cæteros*.

Par exemple : Une personne laisse trois frères pour ses héritiers ; Pierre, Paul et Jean ; elle charge Jean de rendre à sa famille les biens qu'il aura eus de sa succession ; Jean meurt le premier sans enfants; Pierre et Paul, ses frères, qui se trouvent les plus proches de la famille, ne pourront recueillir la substitution ; car ayant été héritiers, ils ne peuvent être légataires de la portion de leur cohéritier, nul ne pouvant être héritier et légataire. La substitution sera-t-elle déférée aux parents du degré ultérieur ? Je ne le pense pas ; car ce n'est pas en faveur des parents du degré ultérieur qu'un héritier ne peut être légataire, c'est en faveur de ses cohéritiers, c'est seulement vis-à-vis d'eux qu'il ne peut l'être : cette disposition coutumière, *nul ne peut être héritier et légataire*, n'est faite que pour maintenir l'égalité que nos coutumes ont voulu établir entre les cohéritiers ; c'est un rapport à la masse commune, auquel elle assujettit l'héritier : c'est pourquoi, dans cette espèce, Pierre et Paul se trouvant les plus proches de la famille, pour recueillir la substitution de Jean, à laquelle la famille a été appelée, c'est envers eux que cette substitution est ouverte ; mais ils en confondent l'effet par le rapport qu'ils sont obligés de faire à Jean, ou quoi que ce soit à sa succession, qui représente Jean.

108. Si tous les héritiers étaient grevés réciproquement de substitution à leur décès les uns envers les autres, cette substitution serait-elle valable ? Les survivants qui se sont portés héritiers du défunt pourraient-ils recueillir la substitution du premier décédé ?

On peut dire pour l'affirmative que les dispositions coutumières, qui portent que *nul ne pourra être héritier et légataire*, n'étant, comme nous l'avons observé, que pour conserver l'égalité entre les cohéritiers, cette substitution réciproque n'est point contraire à l'esprit de ces dispositions coutumières, puisqu'étant tous également chargés les uns envers les autres, on ne peut pas dire qu'aucun soit plus avantagé que l'autre. Néanmoins il faut décider que cette substitution ne peut avoir d'effet ; l'égalité que nos coutumes désirent, n'est pas une égalité qui consiste en des compensations d'espérance, c'est une égalité de possession : elles ne veulent pas que l'un des héritiers ait rien, à titre de legs, de la portion de l'autre ; elles ne permettent donc pas que les cohéritiers survivants prennent, en vertu d'une disposition testamentaire, la portion de leurs cohéritiers prédécédés. Ricard est de cet avis [1].

§ III. *Des personnes qui peuvent être grevées de substitution.*

109. Tous ceux à qui le testateur a laissé quelque chose, par quelque disposition testamentaire que ce soit, soit à titre d'institution d'héritier, dans les pays où elle a lieu ; soit à titre de legs universel ou particulier, ou de substitution, soit universelle, soit particulière, peuvent être en conséquence grevés de substitution par le testateur.

Nous pouvons même grever de substitution nos débiteurs pour ce qu'ils nous

---

[1] La nécessité légale que les appelés soient descendants du grevé, rend inutile l'examen des questions examinées par Pothier dans ce paragraphe.

doivent ; car nous sommes censés en ce cas leur en léguer la libération, et en conséquence de ce legs de libération, les charger de substitution. L. 77, ff. *de Leg.* 1°; L. 37, § 3, ff. *de Leg.* 3°.

Nous pouvons aussi grever de substitution nos héritiers *ab intestat* ; car nous sommes censés leur avoir laissé, et ils sont censés tenir de nous tout ce que nous pouvons leur ôter, par les dispositions que les lois nous permettaient de faire : *Sciendum est autem, eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus : vel dùm eis datur, vel dùm eis non admittitur*. L. 1; § 6, ff. *de Leg.* 3°.

Nous pouvons grever de substitution même les héritiers de ces personnes, ou ceux qui doivent profiter de ce que nous leur avons laissé, pourvu que ce soit en leur qualité d'héritiers, ou en la qualité en laquelle ils doivent profiter de ce que nous avons laissé.

Par exemple, si je m'exprime ainsi : *Je charge l'héritier de mon héritier de restituer, trois ans après la mort de mon héritier, les biens de ma succession à un tel ;* ou bien *je charge celui qui se trouvera le mari de mon héritière, et en communauté de biens avec elle, de restituer à un tel, ce qui sera entré de mes biens dans sa communauté*, la substitution sera recevable.

110. Si j'avais grevé de substitution, en son propre nom, quelqu'un à qui je n'aie rien laissé, quoiqu'il devînt par la suite héritier de mon héritier, ou mari commun de biens de mon héritière, la substitution n'en serait pas moins nulle, *quoniàm qui fortuito non judicio testatoris consequitur hæreditatem, non debet onerari ; ne cui nihil dederis, eum rogando obliges*.

Enfin, nous pouvons grever de substitution ceux à qui nous avons donné ou assuré quelque chose, soit par contrat de mariage, soit à titre universel, comme par une institution ou substitution contractuelle; soit à titre particulier, soit même hors contrat de mariage, par donation entre-vifs [1].

Mais, si certains biens m'ayant été laissés ou donnés, *à la charge de les restituer à celui de la famille que je choisirais*, j'ai fait choix de Pierre, je ne peux, pour raison de ce choix, charger Pierre d'aucune substitution ; car, par ce choix, je ne lui ai rien donné, comme nous l'avons vu ci-dessus.

§ IV. *En quel temps pouvons-nous grever quelqu'un de substitution ?*

111. Il y a à cet égard une grande différence entre les substitutions dont nous chargeons nos héritiers *ab intestat*, ou ceux à qui nous avons laissé quelque chose par testament, et celles dont nous chargeons ceux à qui nous avons donné ou assuré quelque chose par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs.

Celles-ci ne peuvent se faire que par le contrat de mariage, qui contient la donation, ou l'institution contractuelle, au lieu que nous pouvons toujours jusqu'à la mort faire les autres.

112. La raison de différence est que les dispositions par testaments étant par leur nature révocables, nous pouvons les diminuer, en chargeant de substitution ceux envers qui nous en avons disposé, ces dispositions n'empêchant point les biens, dont nous avons disposé, d'être à nous, ceux envers qui nous avons disposé de ces biens n'y pouvant acquérir aucun droit qu'après notre mort, n'empêchent point que nous n'en puissions de nouveau disposer par des substitutions. Au contraire, la donation entre-vifs étant par sa nature irrévocable, le donateur ne peut plus, après qu'elle a une fois reçu sa perfection, en diminuer l'effet en imposant des charges au donataire : la propriété de la chose donnée ayant été par la donation irrévocablement transférée au dona-

---

[1] Tout donataire ou légataire peut être grevé de la charge de restitution; mais au profit de ses enfants.

taire, le donateur ne peut plus disposer par des substitutions de choses qui ne lui apppartiennent plus.

113. La nouvelle ordonnance, art. 13, confirme ces principes, quoiqu'ils n'eussent pas besoin de confirmation, étant pris dans la nature même de la chose. Elle ordonne que les biens donnés par contrat de mariage ou donation entre-vifs, sans aucune charge de substitution, ne puissent en être grevés par une disposition particulière [1].

Comme la nullité de la substitution qui serait portée par une disposition postérieure, vient du défaut de pouvoir dans le donateur de disposer des biens qui ont cessé d'être à lui, il n'importe qu'elle soit expresse; c'est pourquoi l'ordonnance, art. 13, déclare qu'elle sera nulle, encore qu'elle comprenne expressément les biens donnés.

114. Il n'importe pareillement que le donataire entre-vifs soit ainsi grevé de substitution par une disposition postérieure à la donation, ni au profit de qui la substitution est faite; c'est pourquoi l'ordonnance, audit article, déclare nulles ces substitutions faites par une disposition postérieure à la donation entre-vifs, encore que la donation ait été faite par un père à ses enfants, et qu'elle soit faite en faveur des enfants du donateur ou du donataire; car un père ne conserve pas plus de droit dans ce qu'il a donné à ses enfants entre-vifs, que dans ce qu'il aurait donné à un étranger; et n'ayant plus de droit, il n'en peut autrement disposer; il ne le peut pas plus au profit des enfants de celui à qui il l'a donné, que de quelque autre personne que ce soit.

115. Il faut pourtant excepter de cette règle les donations qu'un père, en pays de droit écrit, aurait faites à quelqu'un de ses enfants qui serait sous sa puissance; ces donations ne sont pas proprement entre-vifs; elles ne se confirment que par la mort du père; elles ne transfèrent point à l'enfant donataire une vraie propriété des choses données; il ne les tient que comme appartenant à son père, et dont le père peut, par conséquent, disposer par des substitutions, tant que son fils demeure sous sa puissance. L'ordonnauce, art. 18, en fait l'exception [2].

Elle fait la même exception à l'égard des donations entre mari et femme. En pays de droit écrit, ces donations ne se confirment que par la mort du donateur, et ne sont point, jusqu'à ce temps, irrévocables, d'où l'on doit conclure que le donateur peut toujours charger de substitution les biens qu'il a ainsi donnés.

116. Lorsqu'une donation entre-vifs est faite par un contrat de mariage, le donateur pouvait, avant l'ordonnance, se réserver par la donation la faculté de grever de substitution les biens par lui donnés, et par conséquent, les substitutions qu'il faisait depuis la donation, par des actes postérieurs, étaient valables. La raison est que la faveur des contrats de mariage les rendant susceptibles de toutes sortes de conventions, les donations entre-vifs qui y sont contenues ne sont point assujetties aux règles ordinaires. La règle *donner et retenir ne vaut*, n'y est point observée, suivant que nous l'avons vu au *Traité des Donations*.

De là il suit, qu'il doit être permis à celui qui donne par contrat de mariage, de se réserver, par la donation, la faculté de charger de substitution les biens donnés.

Néanmoins, il a plu au législateur de déclarer nulles ces sortes de réserves, sans préjudice de celles qui auraient été faites par des actes antérieurs à la publication de l'ordonnance [3].

117. Le donateur ne peut pas, à la vérité, charger de substitution les

---

[1] Il en est de même aujourd'hui, et pour les mêmes raisons.

[2] La donation entre-vifs qu'un père fait même à son fils est aussi irrévocable que si elle était faite à tout autre.

[3] L'art. 1086 du Code nous paraît

biens qu'il a donnés entre-vifs, par une disposition postérieure à la donation, en conséquence de la seule donation qu'il en a faite; mais s'il exerce une nouvelle libéralité envers le donataire, s'il lui donne ou laisse d'autres choses que ce qu'il lui a donné précédemment, il peut, en conséquence de cette nouvelle libéralité, charger de substitution même les biens précédemment donnés, comme il en pourrait charger les autres biens de celui à qui il l'a faite; car il peut mettre à sa nouvelle libéralité telle charge et condition que bon lui semble, et par conséquent, il y peut mettre pour charge et condition, celle de la substitution des biens qu'il a précédemment donnés; c'est au donataire à voir s'il veut accepter à cette charge la nouvelle donation ou disposition qui lui est faite, et lorsqu'il l'a une fois acceptée à cette charge, il ne peut plus s'y soustraire, même en se tenant à la première donation, et en offrant de rendre les biens compris dans la seconde disposition avec les fruits [1]; art. 16.

Au reste, comme cette substitution des biens compris en la première donation, ne vaut que comme une charge de la seconde, elle n'a d'effet que du jour que le donataire aura accepté la seconde, ou en aura fait ordonner l'exécution à son profit; art. 17.

§ V. *Jusqu'à quelle concurrence pouvons-nous grever quelqu'un de substitution?*

118. La règle est qu'on ne peut grever quelqu'un de substitution que jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu de la libéralité de l'auteur de la substitution. *Placet non plus posse rogari quem restituere, quàm quantùm ei relictum est.* L. 114, § 3, *in fine*, ff. *de Leg.* 1°.

Au reste, on comprend dans ce que nous sommes censés avoir donné ou laissé à quelqu'un, même les fruits qu'il a perçus, jusqu'à l'échéance de la substitution, et par conséquent les intérêts des sommes données, dont il a joui jusqu'audit temps. *Arg. de Leg.* 114, § 3, *in fine*, ff. *de Leg.* 1°.

A l'égard de la jouissance que le grevé a eue depuis l'échéance de la substitution, pendant le temps que le substitué a tardé à donner la demande en délivrance, elle n'entre pas en ligne de compte, parce qu'il doit cette jouissance plutôt à la négligence du substitué, qu'à l'auteur de la substitution : *Negligentiâ petentis, non judicio defuncti percepti videntur.*

En pays de droit écrit, l'héritier, soit institué, soit *ab intestat*, peut, si l'auteur de la substitution ne l'a pas expressément défendu, faire déduction ou de la quarte Falcidienne, s'il s'agit des substitutions particulières, ou de la quarte Trébellianique, s'il s'agit des substitutions universelles, lorsque ces substitutions absorbent la quarte.

---

permettre au donateur de se réserver la faculté de frapper d'une substitution les biens compris dans la donation, pourvu que cette charge postérieurement imposée soit au profit des enfants ou d'un des enfants du grevé donataire.

Art. 1086 : « La donation par con- « trat de mariage en faveur des époux « et des enfants à naître de leur ma- « riage, pourra encore être faite, à con- « dition de payer indistinctement toutes « les dettes et charges de la succession « du donateur, ou sous d'autres con- « ditions dont l'exécution dépendrait « de sa volonté, par quelque personne « que la donation soit faite : le dona- « taire sera tenu d'accomplir ces con- « ditions, s'il n'aime mieux renoncer à « la donation; et en cas que le dona- « teur, par contrat de mariage, se soit « réservé la liberté de disposer d'un « effet compris dans la donation de ses « biens présents, ou d'une somme fixe « à prendre sur ces mêmes biens, l'ef- « fet ou la somme, s'il meurt sans en « avoir disposé, seront censés compris « dans la donation, et appartiendront « au donataire ou à ses héritiers. »

[1] *V.* art. 1052, C. civ., ci-dessus, p. 459, note 2, qui renferme la même décision.

119. Dans nos pays coutumiers, ces déductions de quartes ne sont pas en usage [1]; mais nos coutumes conservent à nos héritiers légitimes certaines portions dans les biens de notre succession, qui ne sont susceptibles d'aucune substitution à leur préjudice, et qu'on appelle pour cet effet *réserve coutumière.*

Cette réserve, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, est les quatre quints des propres. L'héritier, grevé de substitution, peut, dans notre coutume, retenir ces quatre quints, en abandonnant au substitué le surplus des biens, et les fruits de ce surplus [2].

Un enfant grevé de substitution, peut aussi demander à distraire sa légitime franche de toutes charges de substitution sur les biens substitués, s'il n'est pas rempli d'ailleurs; et il n'est pas obligé de remplacer ce qu'il a distrait, pour sa légitime, des biens substitués, par les fruits qu'il percevra de la portion sujette à la substitution jusqu'à son ouverture. Ceci a été jugé par arrêt de 1698 (17 mars), rapporté par Augeard (t. 1er, arrêt 150), et est conforme à une loi romaine [3].

ART. II. — Des choses dont les substitutions peuvent être l'objet.

120. On peut disposer par substitution de l'universalité de ses biens, ou d'une quotité de cette universalité. Ce sont les *substitutions universelles* [4].

Elles sont ou *pures* ou *simples*, comme lorsqu'on grève purement et simplement son héritier ou autre successeur, à titre universel, de *restituer, après son décès, les biens qu'on lui a donnés* ou *laissés;* ou bien elles sont faites sous certaines limitations, comme lorsqu'*on le charge de restituer ce qui lui en sera resté*, ou *ce qui sera en nature.*

On peut aussi disposer par substitution de *choses particulières.*

§ I. *Des choses dont sont composées les substitutions universelles pures et simples.*

121. Les *substitutions universelles* sont composées de toutes les choses, tant meubles qu'immeubles, auxquelles a succédé celui qui en est grevé.

Mais il y a cette différence entre les meubles et les immeubles, que ceux-ci sont compris en la substitution pour être rendus en nature lors de son ouverture, au lieu que les meubles y sont compris pour être vendus [5], et du prix

---

[1] Le Code n'a point reproduit les dispositions du droit romain relatives à la quarte Falcidie ou à la quarte Trebellianique : en conséquence, le grevé n'a aucune rétention à exercer en sa qualité de grevé.

[2] Le Code qui n'admet point la recherche des biens pour règler les successions (art. 732, C. civ.), n'a point non plus renouvelé les dispositions des coutumes sur les réserves coutumières.

Art. 732 : « La loi ne considère ni « la nature, ni l'origine des biens pour « en régler la succession. »

[3] La charge de restituer ne peut comprendre que la quotité disponible; la réserve est à l'abri de toutes dispositions du donateur ou testateur : aussi la loi du 17 mai 1826 dit-elle : « Les « biens dont il est permis de disposer « aux termes des art. 913, 915 et 916, « C. civ., pourront être donnés en tout « ou en partie.... avec la charge de les « rendre, etc. » *V.* p. 457, note 1.

[4] Oui, si tout est disponible.

[5] *V.* art. 1062, C. civ.

Art. 1062 : « Le grevé de restitution « sera tenu de faire procéder à la vente, « par affiches et enchères, de tous les « meubles et effets compris dans la « disposition, à l'exception néanmoins « de ceux dont il est mention dans les « deux articles suivants (meubles que « l'instituant aura ordonné de conserver, art. 1063; bestiaux et ustensiles « attachés à l'exploitation, art. 1064). »

fait emploi en héritages ou rentes, qui seront compris en la substitution en la place desdits meubles, comme nous le verrons plus amplement en la section suivante, où nous verrons aussi les exceptions de cette règle par rapport à certains meubles qui peuvent être conservés en nature. Non-seulement les choses auxquelles le grevé a immédiatement succédé à l'auteur de la substitution, sont comprises en la substitution universelle; celles dont il est devenu propriétaire depuis, en vertu de quelque droit auquel il a succédé à l'auteur de la substitution, y sont aussi comprises.

Par exemple, si l'auteur de la substitution avait acheté un héritage ou quelque autre chose, et qu'il fût mort avant que la chose lui eût été livrée, cette chose qui, depuis sa mort, aura été livrée à son héritier grevé de substitution, sera comprise en la substitution; car, quoique cet héritier n'ait pas succédé immédiatement à la chose même, à l'auteur de la substitution, il a succédé au droit résultant du contrat de vente, en vertu duquel elle lui a été livrée[1].

122. Par la même raison, si l'auteur de la substitution a vendu son héritage; et que cette vente fût sujette à rescision, pour cause de lésion d'outre-moitié, ou pour quelque autre cause, ou s'il a vendu, avec faculté de réméré, cet héritage dans lequel l'héritier grevé de substitution sera rentré, soit en vertu de l'action rescisoire, soit en vertu de la clause de réméré, cet héritage sera compris en la substitution, parce que, s'il n'a pas immédiatement succédé à l'héritage même, il a succédé à l'action rescisoire ou de réméré, en vertu de laquelle il est entré dans l'héritage.

Par la même raison, si l'héritier grevé de substitution est rentré dans un héritage, faute de paiement du prix pour lequel l'auteur de la substitution l'avait vendu, ou faute de paiement des arrérages d'une rente foncière que l'auteur de la substitution avait à prendre dessus, ou par l'expiration d'un bail à longues années, que l'auteur de la substitution ou ses auteurs en avaient fait; en tous ces cas, cet héritage sera compris en la substitution, parce que l'héritier grevé a succédé à l'auteur de la substitution, au droit en vertu duquel il est rentré dans cet héritage.

Par la même raison, si l'auteur de la substitution possédait, lors de sa mort, un héritage dont il n'était pas le propriétaire, l'ayant acquis *à non domino*; cet héritage, dont son héritier grevé de substitution sera devenu propriétaire par l'accomplissement du temps de la prescription, sera compris dans la substitution, parce que, si cet héritier n'a pas succédé à l'auteur de la substitution, à la propriété de cet héritage, que l'auteur de la substitution n'avait pas encore, il a au moins succédé aux droits résultant de sa possession et de son acquisition, en vertu desquels il l'a acquis par la prescription, ce qui suffit[2].

Par la même raison, si l'auteur de la substitution n'était propriétaire que d'une portion indivise d'un héritage, et que son héritier, grevé de substitution, soit devenu, par licitation, propriétaire du total, le total sera compris dans la substitution; car le droit de liciter et d'acquérir par licitation, la portion des copropriétaires, était attachée à la portion indivise à laquelle l'héritier grevé a succédé à l'auteur de la substitution, et par conséquent on peut dire que c'est en vertu d'un droit auquel il a succédé, qu'il est propriétaire du total. Il en serait de même, si les copropriétaires lui eussent vendu leur portion sans licitation; car ces ventes tiennent lieu de licitation[3].

---

[1] A *fortiori* en serait-il de même aujourd'hui que la propriété se transfère, en général, par le seul consentement.

[2] D'ailleurs l'acquisition résultant de la prescription rétroagit au principe de la possession qui a servi à acquérir.

[3] *V.* art. 883, C. civ.

Art. 883 : « Chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immédia-

128. Au reste, toutes ces choses dont l'héritier grevé est devenu propriétaire, en vertu d'un droit auquel il a succédé, ne sont comprises en la substitution qu'à la charge par le substitué de rembourser le grevé, lors de la restitution des biens substitués, de ce qu'il a déboursé pour les avoir [1]. Les choses qui tiennent lieu au grevé de celles qui étaient comprises en la substitution, et qui ont cessé de l'être, sont comprises, à leur place, en la substitution.

Tels sont :

1° Les héritages et rentes qui ont été acquis pour emploi, tant des deniers comptants trouvés en la succession de l'auteur de la substitution, que de ceux reçus des débiteurs de ladite succession, ou provenus de la vente des effets mobiliers. Ces héritages et rentes sont compris en la substitution, en la place desdits deniers comptants et effets mobiliers qui cessent d'y être compris au moyen de leur conversion dans lesdits héritages ou rentes dans lesquels l'emploi a été fait; mais le grevé ne serait pas recevable à vouloir retenir lesdits héritages ou rentes, en offrant les sommes dont ils sont l'emploi; car au moyen de l'emploi, ce ne sont plus les sommes qui sont comprises en la substitution, ce sont lesdits héritages ou rentes [2].

2° Telles sont les sommes que l'héritier grevé a reçues pour le prix de l'aliénation comprise en la substitution, comme pour le prix d'une licitation, ou de vente d'un héritage, qu'on a été forcé de faire par des ordres supérieurs, pour quelque cause d'utilité publique, ou pour le prix du rachat d'une rente rachetable, ou pour le remboursement du prix d'un office qui a été supprimé, ou qu'on a été obligé de vendre. En tous ces cas, les rentes cessant d'être comprises en la substitution par leur rachat et extinction, les offices par leur suppression ou aliénation, les héritages par l'aliénation nécessaire qui en a été faite; les sommes reçues pour le prix desdites rentes, offices ou héritages, y sont comprises en leur place, mais elles n'y sont comprises que jusqu'à ce qu'il en ait été fait emploi en héritages ou rentes, auquel cas ce sont ces héritages ou rentes dans lesquels l'emploi a été fait, qui y sont compris en leur place.

3° Tel est l'héritage qui a été déguerpi par le possesseur pour la rente foncière comprise en la substitution; cette rente étant éteinte par le déguerpissement, cesse d'être comprise en la substitution, l'héritage déguerpi qui en tient lieu doit y être compris en sa place [3]. C'est pourquoi le substitué, lors de l'ouverture de la substitution, ne peut pas demander autre chose que cet héritage déguerpi; mais le grevé ne serait pas recevable à retenir l'héritage en offrant de continuer la rente foncière; car la rente foncière ayant été éteinte par le déguerpissement de l'héritage, ce n'est plus la rente, c'est l'héritage qui est compris en la substitution.

« tement à tous les effets compris dans « son lot, ou à lui échus sur licitation, « et n'avoir jamais eu la propriété des « autres effets de la succession. »

[1] Mais les appelés sont-ils obligés de subir les conséquences des actes ainsi faits par le grevé? Nous pensons qu'il faut faire une distinction : si le grevé a agi avec la coopération ou l'assentiment du tuteur à la substitution, l'opération produit des effets que devront supporter les appelés; mais si les appelés n'ont point concouru à l'acte par le ministère de leur tuteur, ils auront l'option ou de profiter des effets de l'acte, en remboursant le prix, ou d'abandonner la partie acquise par le grevé.

[2] Mais il faut que l'emploi ait été fait avec le concours du tuteur à la substitution. *V.* art. 1068, C. civ.

Art. 1068 : « L'emploi ordonné par « les articles précédents sera fait en « présence et à la diligence du tuteur « nommé pour l'exécution. »

[3] Le déguerpissement n'est plus aujourd'hui un mode pour le débiteur de se libérer de la rente foncière.

Il en serait autrement, si le grevé avait acquis volontairement l'héritage sujet à la rente foncière. Comme il ne peut, par son fait, changer l'objet de la substitution, c'est toujours la rente foncière qui demeure comprise en la substitution, et non l'héritage. Il est vrai que, jusqu'à l'ouverture de la substitution, cette rente foncière est comme éteinte par la consolidation de la rente à l'héritage, l'héritier ne pouvant avoir un droit de rente foncière sur un héritage qui lui appartient; mais l'effet de cette consolidation cesse par l'ouverture de la substitution, et la rente foncière revit au profit du substitué.

124. Ce qui se réunit aux biens substitués est aussi compris en la substitution universelle.

C'est pourquoi, si j'avais trois héritiers, Pierre, Paul et Jean, et que j'aie substitué Jacques à la portion de Jean, après son décès, Pierre et Paul ayant répudié ma portion, leurs portions qui accroîtront à celle de Jean, seront comprises en la substitution; car j'ai substitué Jacques à tout le droit de Jean j'ai substitué à son profit la portion de Jean, *quanta quanta esset*, et par conséquent avec tous les accroissements dont elle était susceptible.

Il en serait autrement, si j'avais substitué Jacques au tiers de mes biens, auquel devait succéder Jean; car ayant déterminé au tiers la portion pour laquelle je substituerais Jacques à Jean, elle ne peut pas être autre que le tiers.

125. Tout ce qui est uni par une union substantielle, soit naturelle, soit industrielle, aux choses particulières qui composent les biens substitués, fait aussi partie de la substitution, comme ce qui est accru par alluvion à quelque héritage, ou ce qui a été bâti par l'héritier grevé de substitution, sur le terrain substitué, à la charge, en ce cas, de rembourser par le substitué au grevé, ce qui en aura coûté jusqu'à concurrence de ce que la chose est plus précieuse [1].

Il en est autrement de l'union civile. Par exemple, si l'héritier a acquis un héritage mouvant en fief ou en censive d'un fief de la succession; quoique ce fief soit, par cette acquisition, réuni à celui de la succession, néanmoins comme cette union n'est qu'une union civile, comme elle ne se fait que quant à la féodalité et à la mouvance, et que cet héritage acquis demeure substantiellement distingué de celui de la succession; il n'est point censé en faire partie, et n'est pas, par conséquent, compris dans la substitution.

Il en est de même de l'union de simple destination. Si l'héritier grevé a acquis une pièce de terre enclavée dans celle d'une métairie de la succession, qu'il l'ait réunie aux terres de cette métairie, en la faisant valoir ou l'affermant conjointement; cette pièce de terre ainsi réunie ne sera pas pour cela comprise dans les biens de la substitution, parce que cette réunion n'est que de simple destination, et que cette pièce de terre, quand même les anciennes terres y auraient été confondues, demeure toujours substantiellement distinguée des autres pièces de terre de la métairie de la succession.

126. Les fruits nés ou perçus par l'héritier grevé, jusqu'à l'échéance de la substitution, n'y sont pas compris, à moins que l'auteur de la substitution ne l'ait spécialement ordonné. L. 57, ff. *ad Sct. Trebell.*

La raison est que le temps de l'échéance de la substitution paraît avoir été mis en faveur de l'héritier grevé, et pour lui accorder jusqu'à ce temps la libre jouissance des biens substitués.

Cette règle comprend tous les fruits, de quelque espèce qu'ils soient, les fruits naturels, comme les fruits industriels, les fruits civils, tels que les arré-

---

[1] Ou seulement les déboursés s'ils sont inférieurs à la plus value survenue.

rages des rentes, les fruits de justices, comme les amendes; les obventions de fiefs, comme sont les profits féodaux et censuels [1].

127. Suivant ces principes, les héritages situés dans le territoire d'une justice de la succession, que l'héritier grevé de substitution aurait acquis en vertu des droits de confiscation ou de déshérence nés depuis le décès de l'auteur de la substitution, et avant l'échéance, ne sont point compris dans la substitution; car ces droits de déshérence et de confiscation sont des fruits de la justice, qui, étant nés pendant ledit temps, appartiennent incontestablement à l'héritier grevé, et ne sont point compris en la substitution, ni par conséquent les héritages acquis par l'héritier en vertu desdits droits.

128. Si le fief qui relève d'une seigneurie de la succession est tombé en commise, pour cause de désaveu ou de félonie, commis envers l'héritier grevé de substitution, ce fief sera-t-il compris en la substitution?—On ne peut guère dire que les droits de commise et de félonie soient des fruits du fief, puisque ces droits sont inséparables de la qualité de propriétaire, de seigneur de fief, et ne peuvent jamais appartenir à un usufruitier; néanmoins, je penserais que le fief commis pour désaveu ou félonie, ne serait pas compris en la substitution; parce que la seigneurie à laquelle a succédé l'héritier, n'est que la cause éloignée, *causa remota*, de l'acquisition qu'il a faite du fief commis; la cause prochaine de cette acquisition est le délit commis envers lui; c'est de ce délit qu'est né le droit en vertu duquel il a eu la commise; ce droit né du délit, est un droit qui lui est obvenu depuis la succession; ce n'est pas un droit auquel il ait succédé, et par conséquent n'ayant point acquis le fief commis en vertu d'un droit auquel il ait succédé, ce fief ne doit point être compris en la substitution; d'ailleurs cette commise ayant lieu par forme de réparation de l'injure qui résulte de la félonie ou du désaveu, cet héritier grevé ayant seul souffert l'injure, doit seul profiter de la réparation.

129. Que doit-on dire des fiefs que l'héritier grevé aurait retirés par droit de retrait féodal?—Selon la doctrine de Dumoulin, et l'ancienne jurisprudence, le droit de retrait féodal étant celui de réunir à la mense seigneuriale les fiefs qui en relèvent, lorsqu'ils viennent à être vendus, il faudrait supposer que les fiefs ainsi retirés font partie des biens substitués, comme le fief principal auquel ils sont réunis, et qu'en conséquence ils doivent être restitués au substitué, pourvu qu'il offre de rembourser ce qu'il en a coûté pour le retrait. Mais la jurisprudence ayant depuis considéré le droit de retrait féodal comme une simple obvention féodale, et comme le droit de profiter d'un bon marché, on pourrait peut-être décider aujourd'hui que le fief retiré par retrait féodal, par l'héritier grevé de substitution, doit lui rester et n'être pas compris dans la substitution. Cela souffre difficulté.

130. Mais à l'égard du simple droit de refus, il est indubitable que l'héritage acquis par l'héritier grevé, en vertu d'un droit de refus dépendant de la succession, lui appartient irrévocablement, et n'est pas compris dans la substitution, pourvu que la vente de l'héritage, qui a donné ouverture au droit de refus, ait été faite depuis le décès de l'auteur de la substitution; car il faut bien distinguer le fond du droit de refus auquel l'héritier a succédé, et qui fait partie des biens substitués, d'avec les actions qui en naissent lors des ventes des héritages sujets à ce droit; ces actions sont les fruits du droit de refus, et par conséquent elles appartiennent incontestablement à l'héritier grevé, et par conséquent l'héritage qu'il acquiert en vertu de cette action, lui appartient irrévocablement.

131. Si la vente qui a donné ouverture au droit de refus a été faite du vi-

---

[1] Il n'y a plus de fruits de justice au profit des particuliers.

vant de l'auteur de la substitution, l'action ayant été acquise au défunt, s'étant trouvée dans sa succession, l'héritier qui l'a exercée a acquis l'héritage en vertu d'une action qui était dans la succession, et faisait partie des biens substitués, et par conséquent l'héritage doit être compris dans la substitution [1].

182. Les fruits des biens substitués, perçus par l'héritier grevé, lui appartiennent quand même ils seraient les fruits d'un grand nombre d'années, comme peut être une coupe de bois, et quelque peu de temps qu'il y ait eu depuis la mort du défunt jusqu'à l'échéance de la substitution ; car ce n'est pas à proportion du temps qu'il a droit de jouir des biens substitués que les fruits lui appartiennent, il a droit de percevoir tous ceux qui sont à percevoir pendant ce temps. Il n'aura rien, s'il n'y en a point à percevoir pendant ce temps ; s'il y en a beaucoup à percevoir, il en profitera.

Ces fruits appartiennent à l'héritier grevé de substitution, quand même ils auraient été en maturité lors de la mort, pourvu que le défunt soit mort avant que de les avoir perçus, et l'héritier n'est pas obligé de tenir compte à la succession des frais des labours et semences ; car l'héritier percevant ces fruits en sa qualité d'héritier, le défunt en faisant les frais de ces labours et semences, pour raison desdits fruits, n'a pas pu obliger envers soi son héritier, puisqu'en cette qualité, il est censé une même personne avec le défunt, et qu'on ne peut pas contracter d'obligation avec soi-même.

Si les fruits sont nés ou ont été perçus avant la mort, ils font partie des biens de la succession, et sont, par conséquent, compris dans la substitution comme les autres effets mobiliers.

183. Les fermes étant dues pour raison des fruits, si la récolte était faite lors de la mort, quoique la ferme ne fût pas encore échue, elle fera partie des biens de la succession, et, par conséquent, des biens de la substitution ; que si le défunt est mort avant la récolte, la ferme appartiendra à l'héritier irrévocablement, et ne fera point partie de la substitution [2].

§ II. *Des choses dont on doit faire déduction et tenir compte au grevé sur les biens substitués, dans les substitutions universelles.*

184. 1° Le grevé d'une substitution universelle peut retenir sur les biens substitués tout ce qu'il a payé pour les dettes de la succession.

Il faut néanmoins en excepter les arrérages des rentes et intérêts courus depuis la mort de l'auteur de la substitution, pendant tout le temps que le grevé a eu la jouissance des biens substitués ; car ces arrérages et intérêts sont des charges de cette jouissance.

On doit même tenir compte au grevé des sommes qui lui étaient dues par le défunt ; il est censé se les être payées à lui-même par l'acceptation qu'il a faite de la substitution. *Aditio hæreditatis pro solutione est.* Cependant il ne lui en coûte pas moins par l'extinction et la confusion qui se sont faites de sa créance que s'il l'avait payée à un tiers à qui elle aurait été due. C'est la décision de la loi 104, *in fin. ff. de Leg.* 1°.

---

[1] Ces questions ne peuvent plus se présenter aujourd'hui, car nous n'avons plus de fiefs.

[2] Le prix des baux à ferme est aujourd'hui rangé dans la classe des fruits civils, lesquels s'acquièrent jour par jour, *V.* art. 584 et 586, C. civ.

Art. 584 : « Les fruits civils sont les « loyers des maisons, les intérêts des « sommes exigibles, les arrérages des « rentes.—Les prix des baux à ferme « sont aussi rangés dans la classe des « fruits civils. »

Art. 586 : « Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. « Cette règle s'applique aux prix des « baux à ferme, comme aux loyers des « maisons et aux autres fruits civils. »

Si l'héritier grevé avait composé avec les créanciers de la succession, et acquis leurs créances pour une moindre somme, ou s'ils lui avaient fait des remises pour quelque considération personnelle, il pourrait retenir le total desdites créances, et non pas seulement la somme qu'il aurait payée.

135. 2° On doit aussi tenir compte au grevé de tout ce qu'il a payé pour les charges de la succession, telles que sont,

1° Les frais funéraires du défunt;

2° L'acquittement des legs particuliers;

3° Les frais d'inventaire, de scellé, de vente;

4° Le contrôle du testament;

5° Les frais faits pour la substitution et l'acquittement des droits dus pour raison de la substitution.

A l'égard des profits de rachat que l'héritier grevé a payés pour les fiefs de la succession, on ne doit point lui en tenir compte, à moins qu'il ne fût chargé par la substitution de restituer les biens de la succession avec les fruits; car les profits de rachat ne sont pas une charge de la succession; le profit du rachat dû pour raison d'un héritage de la succession, est bien une charge réelle de cet héritage; mais les charges réelles des héritages sont des charges de la jouissance, et l'héritier grevé qui en a la jouissance, doit acquitter ces charges. Il doit d'autant plus acquitter les profits de rachat, qu'ils sont dus principalement pour l'investiture du fief, laquelle lui est personnelle; c'est pourquoi il ne peut être douteux que ce rachat soit sa propre dette, et non pas une charge de la succession. Il en est de même des droits de centième denier; l'héritier ne peut les retenir; il les doit en son nom comme une taxe qui est imposée sur lui en considération de l'émolument qu'il tire de la succession [1].

136. 3° Enfin on doit tenir compte à l'héritier grevé, de toutes les mises qu'il a faites pour le bien de la succession.

Il faut néanmoins distinguer ce qui est de simple entretien, des grosses impenses; on ne lui tient aucun compte de toutes les mises de simple entretien, parce que ce sont des charges de la jouissance qu'il a eue des biens de la succession; ces mises d'entretien sont toutes les réparations faites aux bâtiments, à l'exception des grosses, qui sont la reconstruction des quatre gros murs, la réfection des couvertures en entier, les voûtes et les poutres [2].

Les mises pour fumer les terres, encharneller les vignes, en planter à la place des vieilles, planter des arbres à la place de ceux qui sont morts, sont aussi des mises de simple entretien.

137. A l'égard des grosses impenses qui ne sont pas de simple entretien, elles sont ou nécessaires, ou simplement utiles, ou purement voluptuaires.

Les *nécessaires* sont celles qui sont indispensables pour la conservation ou l'exploitation de la chose, *impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sunt, res aut peritura, aut deterior factura fit;* L. 79, ff. *de Verb. sign.* comme de reconstruire une grange, une bergerie dans une métairie, de rétablir la couverture d'une maison, de faire une digue pour empêcher la rivière d'emporter la terre.

Les *utiles* sont celles qu'on pouvait se dispenser de faire, mais qui rendent plus précieux l'héritage sur lequel elles sont faites, comme d'y planter un bois, d'y construire un moulin, un colombier, etc.

Les *voluptuaires* sont celles qui tendent à l'agrément et à l'ornement de l'héritage sur lequel elles sont faites, sans les rendre d'un plus grand prix, comme les glaces, les parquets, les peintures, dont on décorerait un château.

---

[1] Il faut appliquer cette décision aux droits de mutation.

[2] Le grevé est, quant aux réparations, dans la position d'un usufruitier.

138. Il y a des impenses qui sont purement voluptuaires ou utiles, suivant les lieux où elles sont faites. Par exemple, celles ci-dessus rapportées, lesquelles sont faites à la campagne dans un château, sont purement *voluptuaires ;* car elles n'augmentent pas le prix de la terre; mais si elles étaient faites dans une maison de Paris, elles seraient *utiles* en ce qu'elles serviraient à augmenter le loyer de la maison, et la rendraient, par conséquent, d'un plus grand prix.

On doit tenir compte au grevé de tout ce qu'il lui en a coûté pour les impenses nécessaires, pourvu que ce soit, ou la vétusté qui les ait occasionnées, ou un cas fortuit, et non pas le défaut d'entretien, dont il est responsable, pourvu aussi qu'il ne lui en ait coûté que ce qu'il en aurait coûté à tout autre sage administrateur; car, si, faute de se consulter, il a payé aux ouvriers beaucoup plus qu'il ne leur était dû, il doit seul porter la perte de ce qu'il a payé de trop par sa faute.

Au reste, on doit lui tenir compte de tout ce qu'il en a coûté pour des impenses nécessaires, quand même elles n'auraient pas duré, et auraient été détruites par cas fortuit. Par exemple, s'il a reconstruit à neuf une grange qui depuis ait été brûlée par le feu du ciel, on ne laissera pas de lui tenir compte de ce qu'il lui en aura coûté pour cette reconstruction.

En cela les impenses nécessaires diffèrent des impenses utiles; car à l'égard des impenses utiles, le grevé ne peut pas demander qu'on lui tienne compte indéfiniment de tout ce qu'il lui en a coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage, sur lequel elles ont été faites, se trouve être de plus grand prix, par rapport auxdites impenses, au temps de la substitution.

A l'égard des voluptuaires, comme elles n'augmentent pas le prix de l'héritage sur lequel elles ont été faites, le grevé ne peut pas demander que le substitué lui en tienne compte; mais il doit être permis au grevé d'enlever, à ses frais, ce qui peut s'enlever, en rétablissant les choses dans leur premier état.

139. Parmi les mises faites pour les biens de la succession, dont on doit tenir compte au grevé, on peut aussi comprendre les frais des procès qu'il a été obligé de soutenir pour les biens de la succession; mais pour qu'on lui en tienne compte, il faut :

1° Que ce procès ait eu pour objet de conserver les biens à la succession, et à la substitution. *Putà*, s'il était question de la propriété de quelque héritage, ou de quelque droit qu'on prétendait ne pas appartenir à la succession. Que si ce procès avait pour objet de les conserver à la personne de l'héritier, comme si on lui avait disputé sa qualité d'héritier, il ne pourrait rien prétendre des frais du procès; car c'est un procès qu'il a soutenu pour lui-même plutôt que pour la succession.

2° Il faut que les frais du procès qu'il a soutenu pour la succession soient fort considérables; car s'ils étaient fort modiques, ils doivent être regardés comme des charges de la jouissance des biens qu'a eue l'héritier grevé [1].

Lorsque les fruits des héritages sujets à la substitution se sont trouvés pendants lors de l'ouverture de la substitution, et sont en conséquence recueillis par le substitué, il doit être fait raison au grevé des labours et semences ; car le grevé, en le faisant, *negotium gessit* du substitué qui devait les recueillir [2]. Voyez ce que nous avons dit sur une question semblable en notre *Traité du Douaire.*

---

[1] Toutes ces règles nous paraissent applicables aujourd'hui.

[2] Le Code, en établissant (art. 585, C. civ.) une règle différente entre le propriétaire et l'usufruitier, nous semble avoir, par analogie, supprimé le sujet d'un pareil compte entre le grevé et les appelés : il n'est pas fort exact de dire que le grevé, en faisant ces dépenses de labour et semence, *negotium*

§ III. *Des substitutions universelles faites sous certaines conditions.*

140. Les substitutions universelles ne sont pas toujours de tous les biens qu'on a laissés à l'héritier ou autre successeur universel qu'on en a grevé ; on les fait quelquefois avec certaines limitations.

Par exemple, un héritier est quelquefois grevé de restituer après son décès ce qui reste des biens de la succession, *quod ex hæreditate superfuerit.*

141. Cette substitution est différente des substitutions universelles ordinaires, en ce qu'elle ne comprend pas tous les biens qui ont été laissés au grevé, mais seulement ceux qui lui restent lors de son décès.

Les choses, soit meubles, soit immeubles, que l'héritier grevé a aliénées, ne sont donc pas comprises dans cette substitution ; il n'en est pas même dû de remplacement au substitué, lorsque l'héritier grevé n'a pas augmenté son propre patrimoine du prix de la vente de ces choses, mais l'a consommé pour ses besoins.

142. Il faut néanmoins, pour que les choses aliénées par l'héritier soient ainsi soustraites, que les aliénations aient été faites de bonne foi, et non en fraude de la substitution. La vue qu'a eue l'auteur de la substitution, en la restreignant à ce qui resterait de ses biens à son héritier ou autre qu'il en a grevé, a été que la substitution n'empêchât pas son héritier d'employer à ses besoins le fonds des biens qu'il lui laissait, s'il arrivait qu'il en eût besoin, et non pas pour lui en permettre la dissipation ni la liberté de les faire passer à d'autres qu'au substitué. *Titius rogatus est, quod ex hæreditate superfuisset, Mævio restituere. Quod medio tempore alienatum vel diminutum est, ità quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratiâ tale aliquid factum probetur ; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.* L. 54, *princ.* ff. *ad Sct. Trebel.*

143. C'est pourquoi si le grevé d'une telle substitution a fait des donations considérables des biens de la succession, les choses ainsi données ne seront pas soustraites de la succession ; car il peut bien diminuer la substitution, en employant les biens substitués à ses besoins, mais non pas en les faisant passer à d'autres en fraude du substitué, *si non intervertendi fideicommissi gratiâ.*

S'il a vendu les effets de la succession, même des immeubles, sans qu'il paraisse à quoi le prix en a été employé, pour peu que l'on puisse présumer qu'il l'a employé à ses besoins, la substitution en est d'autant diminuée, et le substitué ne peut demander aucun remplacement.

Si néanmoins il n'avait entamé, pour subvenir à ses besoins, que les biens substitués, et qu'il n'eût pas touché à ses propres biens, le substitué a droit de demander récompense sur les propres biens du grevé, de ce qu'ils auraient dû contribuer à ses besoins, laquelle contribution doit se faire. Ce qui a été jugé par l'empereur Marc-Aurèle ; *judicavit erogationes quæ ex hæreditate factæ*

---

gessit du substitué, le grevé agissait pour lui même et dans son intérêt propre, et non pour autrui ; il est vrai que l'événement n'a pas répondu à ses espérances, mais c'est une chance fâcheuse qu'il doit subir. Le législateur agit sagement en supprimant la cause de pareils procès.

Art. 585 : « Les fruits naturels et in« dustriels, pendants par branches ou « par racines au moment où l'usufruit « est ouvert, appartiennent à l'usufrui« tier. — Ceux qui sont dans le même « état au moment où finit l'usufruit, « appartiennent au propriétaire, sans « récompense de part ni d'autre des « labours et des semences, mais aussi « sans préjudice de la portion des fruits « qui pourrait être acquise au colon « partiaire, s'il en existait un au com« mencement ou à la cessation de l'u« sufruit. »

dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere : sed pro ratâ patrimonii, quod hæres proprium habuit, distribui oportere; edd., L. 54, ff. *ad Sct. Trebell.*

Si le grevé après avoir vendu des effets de la succession, a depuis fait des acquisitions, ou des améliorations sur ses propres deniers, on présumera que le prix des effets de la succession aura servi à cela, et il sera dû un remplacement au substitué sur les nouveaux acquêts, ou sur les améliorations.

Il en est de même s'il en a acquitté ses dettes ; car ses biens se trouvent d'autant augmentés qu'il les a libérés ; c'est pourquoi il est dû sur ses biens un remplacement au substitué. *Arg., edd. L.* 54, ff. *ad Sct. Trebell.*

144. De même que le grevé, dans l'espèce que nous traitons, peut vendre, pour ses besoins, les biens substitués, il peut aussi les engager pour les dettes qu'il est obligé de contracter pour ses besoins, et il n'est pas obligé de les acquitter en entier de ses propres biens. *L.* 58. § 8. ff. *eod. tit.* Mais ces propres biens doivent y contribuer avec les biens substitués au prorata. *Arg. L.* 54, ff. *dicto titulo.*

145. Le droit du digeste ne déterminait pas jusqu'à quelle quantité l'héritier grevé de restituer ce qui lui restait des biens de la succession, pouvait en consommer pour ses besoins. La novelle 108, ne lui permet pas d'en consommer plus de trois quarts, si ce n'est pour cause de dot, de donation pour cause de dot, ou pour la rédemption des captifs.

Dans nos provinces où le droit romain n'a d'autorité que comme raison écrite, je ne pense pas que la décision de cette novelle, qui est purement arbitraire, y doive être suivie ; mais on doit s'en tenir à cet égard, au droit du digeste, qui est fondé sur les notions naturelles de cette espèce de substitution.

146. Les lois rapportent encore deux différences entre cette espèce de substitution et les substitutions universelles ordinaires; dans celles-ci les fruits des biens substitués qui ont été perçus par l'héritier grevé avant l'ouverture de la substitution, n'appartiennent pas au substitué, quoique lors de l'ouverture ils se trouvent encore extans ; mais dans la substitution de ce qui restera à l'héritier des biens de la succession, comme l'héritier grevé n'est pas obligé de tenir compte des effets de la succession qui lui ont été laissés par le défunt, et qu'il a vendus pour ses besoins, il doit en récompense tenir compte de tous les fruits des biens de la succession, quoique nés et perçus avant l'ouverture de de la substitution, lorsqu'ils se trouvent extans, comme sont les blés ou les vins des récoltes faites avant l'ouverture de la substitution, qui se trouvent dans les granges lors de cette ouverture ; les fermes et arrérages des rentes courus et échus avant l'ouverture de la substitution, qui se trouvent encore dus. La raison est qu'on peut dire que ces fruits qui proviennent des biens de la succession, sont quelque chose de la succession.

147. L'autre différence est que, dans les substitutions universelles ordinaires, on doit tenir compte, et faire déduction au grevé de ce qui lui était dû par l'auteur de la substitution ; mais dans celle-ci, le grevé, qui a employé pour ses besoins des biens de la succession pour plus qu'il ne lui était dû par le défunt, dont il ne tient point de compte au substitué, n'est pas recevable à demander qu'on lui tienne compte de ce qui lui était dû par le défunt.

148. Si la substitution était *de tout ce qui restera en nature des biens de la succession*, ces termes, *en nature*, restreignent encore davantage la substitution : car, quoique l'héritier grevé ait fait des acquisitions du prix des biens de la succession qu'il a vendus, ou qu'il en ait mélioré ses propres biens, ou payé ses dettes, le substitué ne peut pour cela prétendre aucun remplacement du prix des biens de la succession que l'héritier grevé a vendus ; car cette substitution est restreinte aux seuls effets que l'héritier grevé se trouvera avoir en nature lors de l'ouverture de la substitution ; c'est-à-dire, aux seuls

effets, qui sont précisément les mêmes qui lui ont été laissés par le défunt, et qu'il a conservés jusqu'à l'ouverture de la substitution.

149. Si la substitution était *de tout ce dont l'héritier n'aurait pas disposé*, elle serait encore plus restreinte ; car on peut soutenir que l'héritier chargé d'une pareille substitution pouvait disposer, même par testament, au préjudice du substitué, des biens de la succession, le terme général de *disposer*, renfermant les dispositions testamentaires, aussi bien que celles par actes entre-vifs ; au lieu que, dans les espèces précédentes de substitutions *de ce qui restera des biens*, ou même *ce qui restera des biens en nature*, l'héritier grevé ne peut disposer par testament, au préjudice du substitué, d'aucuns effets de la succession ; car les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'après la mort, les dispositions testamentaires que cet héritier aurait faites de quelques-unes des choses de la succession, n'empêcheraient pas que ces choses se trouvassent en nature pardevers cet héritier lors de l'ouverture de la succession ; et par conséquent elles n'empêcheraient pas qu'elles fussent comprises dans ces substitutions *de tout ce qui restera*, ou *de tout ce qui restera en nature*,

150. Si la substitution était *de tout ce que l'héritier n'aurait pas disposé de son vivant*, ces termes, *de son vivant*, excluraient les dispositions testamentaires ; et par conséquent cette substitution ne différerait en rien de la substitution *de tout ce qui restera en nature* [1].

§ IV. *Des choses qui peuvent être l'objet des substitutions particulières.*

151. Toutes les choses qui peuvent être l'objet d'un legs particulier, peuvent aussi être l'objet d'une substitution particulière. Voyez ce que nous avons dit à ce sujet en notre *Traité des Testaments*, où je renvoie.

Il y a pourtant cette différence entre les meubles et les immeubles, que les immeubles peuvent être l'objet d'une substitution particulière, pour être rendus en nature au substitué.

Cette décision a lieu, non-seulement à l'égard des héritiers, mais aussi à l'égard des offices, et des rentes constituées, même dans les coutumes où les rentes constituées sont réputées meubles. Au contraire, les meubles, soit corporels, soit incorporels, ne peuvent être l'objet d'une substitution particulière,

---

[1] Le fidéicommis qui laisse au légataire ou donataire le pouvoir de disposer, qui ne comprend que ce dont l'héritier, le donataire ou légataire, n'aurait pas disposé, ne contient certainement pas la charge de conserver ; mais faut-il en conclure qu'une pareille disposition est valable ? Nous ne voyons aucune raison de la déclarer nulle à l'égard de celui auquel est d'abord adressée la libéralité. Le Code (art. 896, *V.* ci-dessus, p. 455, note 2) n'a déclaré nulle que la disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers ; or, cette obligation n'existe point dans l'espèce, donc la libéralité est valable comme toute disposition non contraire aux lois.

En admettant cette opinion, la disposition sera-t-elle valable à l'égard de ceux appelés en second ordre ? Nous ne le pensons pas : cette solution est d'abord évidente pour tous les appelés qui n'auraient pas été au moins conçus à l'époque de la donation, s'il s'agit de donation entre-vifs ; ou à l'époque du décès du testateur, s'il s'agit d'une disposition testamentaire, l'art. 906 est formel (p. 365, note 1). Quant à ceux qui étaient conçus à cette époque, nous dirons que la disposition n'est pas suffisamment attributive à leur égard pour leur conférer des droits ; c'est un conseil, une prière, si l'on veut, adressée au premier légataire ou donataire ; mais une simple prière n'est point obligatoire : *quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat*, dit Justinien, Inst. § 1er, *de fid. hæred.*

pour être rendus en nature ; mais il faut, pour qu'on puisse en disposer par substitution particulière, que ce soit avec la clause expresse « qu'il sera fait emploi des deniers qui proviendront de la vente, ou recouvrement desdits effets mobiliers [1]. » (V. l'ordonnance, art. 5); sans quoi la substitution est nulle. Il faut pourtant en excepter les meubles meublants, qui servent à meubler une maison ou un château, dont on peut disposer par une substitution particulière, conjointement avec le château où ils sont, non-seulement sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter la clause qu'ils seront vendus, et qu'il sera fait emploi du prix, même avec la clause qu'ils seront conservés en nature. Art. 7.

152. Il y a plus : à l'égard des meubles qui servent à l'exploitation des terres, ils sont censés compris même dans les substitutions particulières des terres, à l'exploitation desquelles ils servent, quand même l'auteur de la substitution ne s'en serait pas expliqué ; et le grevé ne doit point les vendre, mais les faire priser et estimer, pour en rendre d'une égale valeur lors de l'ouverture de la substitution [2]. Art. 6.

De même qu'on peut léguer non-seulement sa propre chose, mais encore celle de son héritier, et même la chose d'autrui, comme nous l'avons vu au *Traité des Testaments*, on peut aussi, par substitution particulière, charger quelqu'un de restituer non-seulement la chose qui lui est laissée par le testateur, mais même sa propre chose, ou la chose d'autrui, pourvu qu'il ne soit pas grevé au delà de ce qu'on lui laisse [3].

SECTION V.

De l'effet des substitutions avant leurs ouvertures, et des obligations du grevé.

153. Cette matière se réduit à ces trois principes,

1° L'héritier, ou autre grevé de substitution est, avant l'ouverture, seul propriétaire des biens substitués.

2° Outre que le grevé est débiteur des biens substitués, ce droit de propriété qu'il a des immeubles substitués, n'est pas une propriété incommutable, mais une propriété résoluble au profit du substitué par l'échéance de la condition qui doit donner ouverture à la substitution

---

[1] Le Code n'a point renouvelé cette prohibition. V. art. 1062, ci-dessus, p. 494, note 5, et 1063, C. civ.

Art. 1063 : « Les meubles meublants « et autres choses mobilières qui au- « raient été compris dans la disposition, « à la condition expresse de les con- « server en nature, seront rendus dans « l'état où ils se trouveront lors de la « restitution. »

[2] V. art. 1064, C. civ.

Art. 1064 : « Les bestiaux et usten- « siles servant à faire valoir les terres, « seront censés compris dans les dona- « tions entre-vifs ou testamentaires « desdites terres ; et le grevé sera seu- « lement tenu de les faire priser et es- « timer, pour en rendre une égale va- « leur lors de la restitution. »

Cet article est à peu près inutile dans le droit actuel, car les objets qu'il énumère sont aujourd'hui déclarés immeubles par destination. (Art. 524, C. civ.)

[3] V. art. 1021, C. civ.

Art. 1021 : « Lorsque le testateur aura « légué la chose d'autrui, le legs sera « nul, soit que le testateur ait connu ou « non qu'elle ne lui appartenait pas. »

3° Le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance.

Nous traiterons de ces trois principes, et de leurs corollaires, en autant d'articles séparés. Nous joindrons un quatrième article qui contiendra le détail des obligations que l'ordonnance impose au grevé, lorsqu'il recueille les biens substitués.

ART. Ier. — Premier principe et ses corollaires.

154. Le grevé de substitution étant, avant l'ouverture de la substitution, le vrai et seul propriétaire des biens substitués, il suit de là que les actions actives et passives de la succession résident en sa seule personne : *ipsi et in ipsum competunt.*

D'où il suit que ce qui est jugé sur ces actions avant l'ouverture de la substitution avec le grevé, doit tenir après l'ouverture de la substitution ; et que, lorsque la chose a passé en force de chose jugée, le substitué ne peut pas revenir contre, pourvu néanmoins que le grevé se soit défendu, et que l'arrêt ou jugement aient été rendus sur les conclusions des gens du roi ; faute de quoi, le substitué pourrait se pourvoir par requête civile après l'ouverture de la substitution, dans les six mois de la signification qui lui aurait été faite de l'arrêt ou jugement, lequel délai ne courra point contre les mineurs ; ou dans l'année, si la substitution est faite au profit d'une église ou communauté [1]. Art. 49, 50, 51 et 52.

155. De ce que les droits et actions de la succession résident en la seule personne du grevé avant l'ouverture de la substitution, il suit aussi que la prescription contre lesdits droits et actions, court et s'accomplit contre le grevé avant l'ouverture de la substitution, et que lesdits actions et droits, ainsi éteints, ne revivent pas au profit du substitué, lors de l'ouverture de la substitution. La loi 70, § fin, ff. ad Sct. Treb. le décide : *Si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit : tempus quo hæres experiri antè restitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui relicta fuerit.*

Par exemple : si l'héritier laisse écouler le temps de trente ans, avant l'ouverture de la substitution, sans exiger une dette de la succession ; s'il laisse passer ce temps sans user d'un droit de servitude qui appartient à la succession, et qui est de nature à s'éteindre par le non-usage, en l'un et l'autre cas, la créance de la succession, ou le droit de servitude qu'avait la succession, sont éteints par la prescription qui a couru, et s'est accomplie contre l'héritier grevé. Pareillement, si un héritage, qui appartient à la succession, a été possédé par quelque tiers détenteur, qui ne le tenait point du grevé, pendant le temps requis par la prescription, avant l'ouverture de la substitution, le droit de propriété de cet héritage passe à ce tiers détenteur par la prescription qui a couru contre l'héritier, qui a négligé de le revendiquer. L. 22, § 3, vers. *Quod si*, ff. *ad Sct. Treb.*

156. Le substitué, lors de l'ouverture de la substitution, ne peut faire revivre les droits de la succession ; et il n'a qu'une simple action, *ex testamento*, en dommages et intérêts contre le grevé, ou ses héritiers.

En vain le substitué alléguerait-il qu'il était mineur, pendant que cette prescription a couru, ou même qu'il n'était pas né, ni même conçu, et qu'ainsi la

---

[1] Pour que l'autorité de la chose jugée contre le grevé fût opposable aux appelés, il faudrait que ceux-ci eussent été représentés dans la cause par le tuteur à la substitution, sans quoi cette chose jugée est pour eux *res inter alios judicata*, car ils ne sont, quant aux biens substitués, ni les représentants ni les ayants cause du grevé ; leurs droits sont parfaitement distincts.

prescription n'a pu courir contre lui. La réponse est que ce n'est pas aussi contre lui qu'a couru, ni dû courir la prescription de ces droits, puisque ce n'était pas en sa personne qu'ils résidaient ; qu'elle n'a couru, et dû courir que contre la personne de l'héritier grevé, en la personne seule duquel ils résidaient [1].

157. On a agité la question, si au moins, au cas d'insolvabilité de l'héritier grevé, qui a laissé perdre ses droits, le substitué ne doit pas être restitué pour les faire revivre ? Quelques anciens auteurs l'ont pensé ; mais Ricard rejette avec raison leur sentiment ; car l'insolvabilité de l'héritier ne change rien au principe de la prescription qui a éteint ses droits.

De ce que l'héritier ou autre grevé de substitution est, avant l'ouverture de la substitution, seul et vrai propriétaire des biens substitués, il suit aussi qu'il a qualité pour recevoir le rachat des rentes, et le prix des aliénations forcées des héritages substitués, comme d'une licitation, et que les débiteurs sont libérés en payant entre ses mains. Art. 15.

Mais les substitués ou curateurs à la substitution peuvent, pour la sûreté de la substitution, saisir et arrêter entre les mains des adjudicataires ou acheteurs le prix des héritages substitués, qui auraient été laissés ou aliénés pour quelque cause nécessaire, et faire ordonner, sur une assignation donnée tant audit acheteur qu'au grevé, que le prix demeurera en dépôt, soit entre les mains desdits acheteurs, soit de quelque autre nommé par le juge, jusqu'à l'emploi.

Ils peuvent pareillement saisir et arrêter entre les mains des débiteurs, des rentes sujettes à la substitution, à l'effet que, lorsqu'ils voudront les racheter, ils seront tenus d'appeler le substitué ou curateur à la substitution, qui fera pareillement ordonner le dépôt des deniers jusqu'à l'emploi [2].

Si les débiteurs du prix des héritages ou des rentes payaient, au préjudice de ces saisies et arrêts, au grevé, ils demeureraient responsables envers les substitués lors de l'ouverture de la substitution, de l'insolvabilité du grevé, pour ce qu'ils auraient payé au préjudice desdites saisies et arrêts.

Art. II. — Second principe et ses corollaires.

158. *Outre que le grevé est personnellement débiteur conditionnel des biens ou choses substitués, sous la condition qui doit donner ouverture à la substitution, le droit de propriété qu'il a avant l'ouverture, est un droit qui doit se résoudre de plein droit au profit du substitué par l'ouverture de la substitution.*

159. De la première partie du principe, il suit que le grevé doit conserver les biens et choses donnés, et y apporter le soin qu'un bon père de famille a coutume d'apporter. C'est pourquoi si les héritages se trouvent détériorés, soit par son fait, soit par sa négligence ; si les droits et actions de la succession se trouvent perdus par sa négligence, il est tenu des dommages et intérêts envers le substitué.

Il est tenu à cet égard de la faute légère, puisqu'il profite des biens substitués par la jouissance qu'il en a jusqu'à l'ouverture de la substitution. Les textes de droit qui disent que l'héritier grevé n'est tenu que de la faute lourde envers le fidéicommisaire, sont dans l'espèce du fidéicommis, dont la restitution de-

---

[1] On peut ajouter que le tuteur à la substitution pouvait et devait faire les actes conservatoires des droits éventuels des appelés.

[2] Le tuteur à la substitution agira prudemment en faisant notifier la substitution à tous les débiteurs de rentes ou créances comprises dans la substitution, avec défense de procéder au rachat ou remboursement sans l'appeler, car il doit surveiller l'emploi. *V.* art. 1068, C. civ., ci-dessus, p. 496, note 2.

vait se faire sur-le-champ, et dont il ne restait, par conséquent, aucune utilité pardevers l'héritier grevé.

160. De la seconde partie du principe, il suit que le grevé ne peut aliéner les immeubles sujets à la substitution, ni les hypothéquer, ni leur imposer aucune charge réelle, au préjudice de la substitution; car suivant la règle *nemo potest plus juris in alium conferre quàm ipse habet*, le droit qu'a l'héritier grevé dans les immeubles, n'étant qu'un droit sujet à se résoudre de plein droit au profit du substitué, par l'ouverture de la substitution, il ne peut en les aliénant, les hypothéquant, en leur imposant des charges réelles, que transférer un droit tel qu'il l'a, c'est-à-dire, sujet à se résoudre au profit du substitué par l'ouverture de la substitution, et par conséquent, le droit de ceux qui ont acquis du grevé, soit immédiatement, soit médiatement, les immeubles sujets à la substitution, ou quelque hypothèque, ou autre droit réel, doit se résoudre par l'ouverture à la substitution [1].

La jurisprudence, confirmée par la nouvelle ordonnance des substitutions, a apporté une exception à cette règle. Elle permet au grevé de substitution, lorsqu'il n'a pas suffisamment de biens libres, d'hypothéquer les biens substitués, même au préjudice de la substitution, à la restitution de la dot de sa femme, au douaire [2].

§ 1er. *Motifs de cette hypothèque subsidiaire, et en quel cas a-t-elle lieu ?*

161. Cette jurisprudence est fondée sur une présomption de la volonté de l'auteur de la substitution [3]. Comme on ne peut guère trouver un honnête établissement par mariage, sans avoir de quoi répondre de la dot de la femme qu'on épouse, et de quoi assigner un douaire, on présume que l'auteur de la substitution qui a voulu que celui qu'il grevait de substitution, se mariât, n'a pas prétendu en le grevant de substitution lui en ôter les moyens, et qu'en conséquence il lui a permis d'engager et d'entamer les biens substitués, autant qu'il serait nécessaire, à défaut d'autres, pour la restitution de la dot de sa femme et pour assigner un douaire.

On s'est aussi fondé pour établir cette jurisprudence sur la novelle 39, qui a été mal entendue; car elle permet bien à la femme de se constituer une dot sur les biens grevés de substitution à défaut d'autres, et au mari de constituer une donation à cause de noces; mais on n'y trouve pas qu'elle permette à l'homme d'hypothéquer les biens substitués à la restitution de la dot de la femme; mais quoiqu'il en soit du sens de la novelle, la jurisprudence pour cette hypothèque est bien établie et confirmée par la nouvelle ordonnance.

162. Il suit de là que cette hypothèque subsidiaire n'aurait pas lieu, si l'auteur de la substitution avait expressément déclaré que les biens par lui substitués ne pourraient être aliénés, ni hypothéqués pour quelque cause que ce fût, même pour cause de dot et douaire; car la présomption de volonté, sur laquelle seule est fondée cette hypothèque subsidiaire, se trouverait en ce

---

[1] *V.* art. 2125, C. civ.

Art. 2125 : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une « condition, ou résoluble dans certains « cas, ou sujet à rescision, ne peuvent « consentir qu'une hypothèque soumise « aux mêmes conditions ou à la même « rescision. »

[2] *V.* art. 1054, C. civ.

Art. 1054 : « Les femmes des grevés « ne pourront avoir, sur les biens à « rendre, de recours subsidiaire, en cas « d'insuffisance des biens libres, que « pour le capital des deniers dotaux, « et dans le cas seulement où le testa- « teur l'aurait expressément ordonné. »

[3] Il faut que l'auteur de la substitution l'ait permis par une disposition expresse. *V.* art. 1054, C. civ., note précédente.

cas détruite par la déclaration d'une volonté contraire. *Ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus* : c'est l'avis de Ricard (ch. 13, sect. 1, part. 2, n° 101).

Il suit encore de là que cette hypothèque subsidiaire ne laisserait pas d'avoir lieu, quand même le substitué aurait fait signifier la substitution à la future épouse du grevé avant la célébration du mariage. Ce qui a induit en erreur quelques auteurs, dont Ricard rapporte le sentiment, et qu'il rejette avec raison, c'est qu'ils ont cru que cette hypothèque subsidiaire avait pour fondement une raison apportée par la novelle, qui consiste à dire qu'il faut empêcher que les personnes qui se marient, ne soient induites en erreur ; mais ce ne peut être sur cette raison que cette hypothèque est fondée dans notre jurisprudence, les ordonnances ayant suffisamment pourvu, par l'insinuation et publication des substitutions, à ce qu'elles ne puissent induire personne en erreur : elle est fondée sur la seule raison de la présomption de la volonté du testateur, qui a permis cette hypothèque subsidiaire ; c'est pourquoi inutilement le substitué donnerait-il copie à la future épouse de la substitution, pour l'empêcher.

§ II. *A l'égard de quelles personnes ?*

163. Cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire, qui en est une suite, ont indistinctement lieu, lorsque ce sont des enfants qui sont grevés de substitution au profit de quelqu'un par leur père ou mère, quelles que soient les personnes au profit de qui la substitution soit faite ; car le vœu naturel des pères et mères étant de se perpétuer dans leurs descendants, ils ont voulu que leurs enfants trouvassent à se marier, et par conséquent leur intention, en les grevant de substitution, n'a pas été de leur en ôter les moyens.

164. Ont-elles lieu indistinctement, lorsque ce sont des petits-enfants qui ont été grevés de substitution par quelques-uns de leurs ascendants ?—La question a souffert difficulté : Ricard (*ibid.*, n° 111) tenait la négative sur d'assez mauvaises raisons ; mais, depuis la nouvelle ordonnance, il ne doit plus y avoir de doute que cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire, qui en est une suite, doivent avoir lieu indistinctement, lorsque les grevés de substitution sont les petits-fils de l'auteur de la substitution, de même que lorsque ce sont ses propres enfants ; car cette ordonnance, en l'art. 53, n'ayant restreint à certains cas cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire qui en est la suite, qu'à l'égard des collatéraux de l'auteur de la substitution, et des étrangers, elle a par là suffisamment insinué que cette présomption de volonté devait avoir lieu indistinctement à l'égard des petits-enfants de l'auteur de la substitution, comme à l'égard de ses propres enfants. Effectivement il y a même raison de le présumer à l'égard des petits-enfants, comme à l'égard des enfants, si, comme nous l'avons observé, la principale raison de cette présomption est fondée sur l'inclination naturelle qu'ont les hommes de se voir perpétuer, et reproduire dans leur postérité ; car cette inclination naturelle doit également faire présumer en nous la volonté et le souhait du mariage de nos petits-enfants, comme de nos propres enfants.

165. Comme cette raison ne se rencontre pas à l'égard des collatéraux et des étrangers, on ne présume pas indistinctement, dans l'auteur de la substitution, la volonté que ceux qu'il a grevés de substitution se mariassent, lorsqu'ils ne sont que des collatéraux, ou des étrangers ; et par conséquent l'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, n'est point accordée aux femmes de ces grevés collatéraux ou étrangers : mais s'il se trouve dans le testament, ou autre acte qui contient la substitution, quelque chose qui fasse connaître que l'auteur de la substitution a voulu effectivement que ces collatéraux ou étrangers, qu'il grevait de substitution, se mariassent, on présume qu'il n'a pas voulu leur ôter le moyen de se marier ; et l'hypothèque subsidiaire

sur les biens substitués, qui est une suite de cette présomption, a lieu à leur égard [1].

Cela se trouve en deux cas :—1° lorsque ce sont les enfants de ces collatéraux ou étrangers qui leur sont substitués ;—2° lorsque la substitution est faite au profit de quelque personne que ce soit, mais sous la condition que ces grevés de substitution *décéderont sans enfants*.—En l'un et l'autre de ces cas, l'auteur de la substitution, en substituant à ces collatéraux ou étrangers, leurs enfants, ou en préférant leurs enfants aux substitués, a témoigné que son intention était qu'ils eussent des enfants, et par conséquent qu'ils se mariassent ; d'où on présume que son intention a été de ne leur point ôter les moyens de se marier, et par conséquent de leur permettre d'hypothéquer les biens substitués, à défaut d'autres, à la restitution de la dot de leur femme, et au douaire.

C'est pourquoi l'ordonnance, art. 53, ordonne que l'hypothèque subsidiaire aura lieu en ces deux cas, quoique l'auteur de la substitution ne soit qu'un parent collatéral du grevé, ou même un étranger.

§ III. *A-t-elle lieu dans tous les degrés ?*

166. On a agité autrefois la question : Si cette hypothèque subsidiaire devait avoir lieu dans tous les degrés de substitution, lorsqu'une substitution est graduelle ?—Ricard (*ibid.*, n° 110) a tenu la négative, et a pensé qu'elle ne pouvait avoir lieu qu'à l'égard de l'héritier, ou autre premier légataire direct, contre le premier substitué, parce que ces hypothèques subsidiaires pourraient absorber les biens substitués, si elles avaient lieu en chaque degré.—La nouvelle ordonnance a rejeté le sentiment de Ricard : elle ordonne, art. 52, que l'hypothèque subsidiaire aura lieu dans tous les degrés de substitution ; et effectivement les mêmes raisons, sur lesquelles cette hypothèque subsidiaire est permise à l'égard des personnes qui sont dans le premier degré de disposition, se rencontrent à l'égard des personnes qui sont dans les degrés ultérieurs [2].

§ IV. *A l'égard de quels mariages ?*

167. On a pareillement agité la question : Si cette hypothèque subsidiaire devait avoir lieu pour les dots et douaires de tous les mariages du grevé, ou seulement pour son premier mariage ?

Les raisons de douter étaient :

1° Comme dans la question précédente, que les biens substitués pourraient à la fin être absorbés ;

2° Qu'il n'y a pas même raison de présumer que l'auteur de la substitution ait voulu que son enfant, qu'il grevait de substitution, se mariât plusieurs fois, (surtout s'il avait des enfants du premier mariage); comme il y a lieu de présumer qu'il a voulu qu'il se mariât une première fois. Néanmoins l'ordonnance, art. 52, décide que l'hypothèque subsidiaire aura lieu en faveur de chacune des femmes que les grevés se trouveront avoir épousées successivement. Le vœu naturel dans les hommes, de laisser une nombreuse postérité, doit faire présumer dans l'auteur de la substitution, la volonté de ne point ôter à ses enfants, en les grevant de substitution, les moyens de contracter non-seulement un premier mariage, mais tous ceux qu'ils voudront contracter par la suite.

L'ordonnance, art. 52, apporte néanmoins une limitation, qui est, que les femmes des mariages postérieurs ne pourront point exercer cette hypothèque subsidiaire sur les biens substitués contre les enfants des mariages antérieurs,

---

[1] Les appelés ne peuvent être, sous la législation actuelle, que des descendants du grevé.

[2] La volonté formellement exprimée par le disposant sera la règle à suivre à cet égard.

lorsque ce sont lesdits enfants qui recueilleront la substitution. La faveur des enfants des premiers mariages a donné lieu à cette limitation ; nos lois ont toujours eu attention de leur subvenir contre les secondes femmes, comme il paraît par l'édit des secondes noces [1].

168. Cette hypothèque subsidiaire a-t-elle lieu pour la dot, et le douaire d'un mariage contracté avant la substitution ?

Il semble que la raison, sur laquelle nous avons fondé cette hypothèque subsidiaire, paraît ne pas se rencontrer dans cette espèce ; car nous avons dit que c'était pour laisser à son enfant les moyens de trouver un établissement par mariage, que l'auteur de la substitution était présumé lui avoir permis d'hypothéquer les biens substitués, à défaut d'autres, à la dot, et au douaire de la femme qu'il épouserait ; or, il semble que cette raison cesse dans cette espèce, où l'enfant, se trouvant déjà marié lors de l'acte qui contient la substitution, n'a plus besoin qu'on lui laisse de quoi trouver un établissement par mariage.

La raison de décider au contraire, que l'hypothèque subsidiaire doit avoir lieu, est que la femme a pu et dû compter sur l'hypothèque des biens du père, ou de la mère de son mari, pour la sûreté de sa dot et douaire, lorsque son mari aurait succédé à ses père ou mère ; la confiance en cette hypothèque ayant fait trouver au fils un établissement par mariage, il serait injuste que le beau-père et la belle-mère frustrassent leur bru de cette attente par une substitution. Si les femmes pouvaient être frustrées de cette espérance, les mariages ne se contracteraient pas avec la confiance et avec la liberté avec lesquelles il est de l'intérêt public qu'ils se contractent.—La même raison ne se rencontre pas, lorsque la substitution a été faite depuis le mariage du grevé par un parent collatéral du grevé, ou même par un étranger, au profit des enfants du grevé. On ne peut pas dire en ce cas que la femme du grevé, lorsqu'elle a épousé son mari, ait pu compter sur les biens pour la sûreté de sa dot et de son douaire, surtout si son mari n'était point l'héritier présomptif de l'auteur de la substitution; néanmoins l'ordonnance ne fait à cet égard aucune distinction entre les substitutions faites par les ascendants, et celles faites par les collatéraux, et n'ayant pas plus distingué à l'égard des uns que des autres, pour accorder l'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, si la substitution avait été faite, avant ou depuis le mariage, il serait difficile de ne la pas accorder sur les biens substitués par un collatéral, ou même par un étranger, même depuis le mariage, dans les deux cas dans lesquels l'ordonnance l'accorde [2].

§ V. *Pour quelles causes ?*

169. Les biens substitués peuvent être hypothéqués subsidiairement, à défaut d'autres, à la restitution de la dot de la femme du grevé, tant pour le capital de cette dot, que pour les fruits et intérêts qui pourraient lui être dus, ou à ses héritiers, depuis la dissolution du mariage, ou la séparation [1].

Cette restitution de dot comprend : 1° celle des deniers, ou du prix des effets mobiliers que la femme a apportés en dot, tant de ceux qu'elle s'est réservés propres, que de ceux qu'elle a mis en communauté, et dont elle s'est réservée la reprise, en cas de renonciation à la communauté ;

2° Celle de tout le mobilier échu à la femme pendant la communauté, par

---

[1] Notre Code n'a point reproduit cette limitation, qui est cependant fort raisonnable.

[2] Cette question ne peut se présenter aujourd'hui, puisque le disposant a dû exprimer sa volonté par une déclaration formelle, pour que l'hypothèque subsidiaire ait lieu.

[1] L'art. 1054, C. civ., V. ci-dessus, p. 508, note 2, n'autorise cette hypothèque que pour le capital des deniers dotaux.

succession ou donation, et qu'elle s'est réservée propre, et dont elle s'est réservé la reprise en cas de renonciation à la communauté;

3° Les dommages et intérêts dus à la femme pour la détérioration des héritages, les pertes et les prescriptions des droits dépendant de ses biens, arrivés par la négligence de son mari;

4° Le remploi du prix des rentes de la femme, qui ont été remboursées au mari, et de celui de toutes les aliénations forcées de ses héritages;

170. A l'égard des remplois dus à la femme pour le prix des aliénations volontaires de ses héritages, auxquelles elle a consenti, elle n'a aucune hypothèque subsidiaire pour lesdits remplois, sur les biens substitués; car elle doit s'imputer d'avoir consenti à ces aliénations. Art. 49.

Cette décision a lieu, soit dans les provinces où ces aliénations sont valables, soit dans celles où elles sont nulles, sauf à la femme, dans les provinces où ces aliénations sont nulles, son recours contre les tiers détenteurs.

La femme n'a pareillement aucune hypothèque sur les biens substitués, pour l'indemnité qui lui est due, pour les dettes auxquelles elle s'est obligée pour son mari, quand même elle les aurait déjà acquittées, en tout ou en partie, et quand même ces obligations absorberaient toute sa dot; car elle doit s'imputer de les avoir contractées. Art. 50.

171. Ces décisions doivent avoir lieu quand bien même la substitution serait portée par le contrat de mariage, dans lequel ces remplois et ces indemnités sont stipulés. On ne suivrait pas aujourd'hui l'arrêt de Vendôme, rapporté au *Journal du Palais*, qui avait accordé, en ce cas, l'hypothèque subsidiaire pour les remplois et les indemnités.

La femme a hypothèque subsidiaire pour son douaire sur les biens substitués de son mari.

Les enfants, lorsqu'ils ont un douaire, ont la même hypothèque.

Cette hypothèque a lieu, tant pour le fonds du douaire, que pour les arrérages qui peuvent en être dus.

Elle a lieu, tant pour le douaire coutumier que pour le conventionnel; mais si le conventionnel excède le coutumier, elle n'a lieu que jusqu'à la concurrence de la valeur du coutumier, et non pour l'excédant. Art. 45.

Dans les pays de droit écrit, où l'augment de dot tient lieu du douaire coutumier, la femme a, pour son *augment de dot*, cette hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, soit qu'il y soit en usage sous ce nom, soit sous celui d'*engagement*, *gain de survie* ou de *donation à cause de noces*.

Cette hypothèque a lieu, tant pour le capital que pour les intérêts de l'augment, jusqu'à concurrence de la quotité réglée par les statuts du pays, sans néanmoins que cette quotité puisse être exercée pour une plus grande quotité que le tiers de la dot, encore que l'augment fût plus considérable. Art. 46.

L'hypothèque subsidiaire n'a pas lieu pour toutes les autres conventions matrimoniales, telles que sont le préciput, la donation de bagues et joyaux, ni pour le deuil. Art. 48.

§ VI. *Par qui peut-elle être exercée, et sur quels biens?*

172. Cette hypothèque subsidiaire qu'a la femme sur les biens substitués de son mari, n'est pas un droit qui lui soit personnel; ses héritiers ou même ses créanciers qui voudraient exercer ses droits, peuvent le faire.

Cette hypothèque subsidiaire peut être exercée sur les biens substitués que le mari avait lors de son mariage, même sur ceux qui lui sont venus depuis des successions de ses père et mère, et autres ascendants, avec la charge de substitution, comme nous l'avons vu ci-dessus; car la femme a pu compter sur ces biens. Mais si le mari avait, avant son mariage, aliéné un bien substitué, et qu'il l'eût recouvré depuis, je doute que la femme pût y exercer une hypo-

thèque subsidiaire; car cet héritage ne se trouvant pas dans les biens du mari lors du mariage, et la femme ne pouvant pas penser que son mari le recouvrerait un jour, n'a pu compter sur l'hypothèque de cet héritage. On ne peut pas dire que le pouvoir d'hypothéquer cet héritage à la dot ou au douaire de sa femme, lui ait été nécessaire pour trouver un établissement par mariage, et, par conséquent, il ne doit pas y avoir lieu à l'hypothèque subsidiaire sur cet héritage, qui, selon nos principes, n'a lieu que parce qu'on le présume avoir été un moyen au grevé pour trouver un établissement par mariage, que l'auteur de la substitution n'a pas voulu lui ôter [1].

Néanmoins, l'ordonnance n'ayant point distingué, en accordant l'hypothèque sur les biens du mari grevé de substitution, s'il les possédait lors de son mariage, ou s'il ne les avait recouvrés que depuis, il y aurait beaucoup de difficulté à ne la pas accorder.

§ VII. *Si l'aliénation ou l'engagement des biens substitués pourrait être permis dans des cas très favorables?*

173. Par exemple, si un fils grevé de substitution par son père, avait été pris par les Algériens, et qu'on ne pût payer sa rançon qu'en aliénant quelque partie des biens subsitués, on ne peut douter que la volonté du père n'ait pas été d'empêcher cette aliénation s'il eût prévu ce cas; c'est pourquoi il semble, en ce cas, le permettre [2] : *Ex præsumptâ patris voluntate.*

Il peut s'en présenter d'autres; mais on doit être réservé à permettre ces aliénations, surtout les premiers juges.

Art. III. — Troisième principe et ses corollaires.

174. Notre troisième principe est, comme nous l'avons dit : *Que le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a, par rapport au bien substitué, aucun droit formé, mais une simple espérance.*

D'où il suit 1°, que, si le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, il ne transmet rien à ses héritiers, et la substitution devient caduque, car n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avait rien qu'il pût leur transmettre; l'espérance s'évanouit par sa mort [3].

Cela a lieu quand même le testateur aurait expressément ordonné, par son testament, que, *si le substitué mourait avant l'ouverture de la substitution, il la transmettrait à ses enfants;* car le testateur ne peut ordonner l'impossible, et faire, quelque chose qu'il ordonne, qu'on puisse transmettre ce qui n'existe pas encore; cette clause n'est pas néanmoins nulle, comme quelques-uns l'ont pensé; car, comme dans les testaments, on doit plutôt avoir égard à ce que le testateur a voulu, qu'à la manière dont il s'est exprimé, on doit favorablement interpréter que le testateur, par cette clause, a entendu appeler aussi à la substitution les enfants du substitué à sa place, dans le cas où il prédécéderait; c'est pourquoi ces enfants viendront, en ce cas, à la substitution, non par droit de transmission, mais comme ayant été appelés de leur chef, au défaut et à la place de leur père [4].

---

[1] Puisque ce n'est plus en vertu d'une présomption de volonté, mais d'une déclaration expresse, le raisonnement que fait ici Pothier n'est plus admissible.

[2] Quelque favorable que soit cette décision, le Code ne permet l'aliénation pour aucune cause.

[3] La condition résolutoire ne pouvant plus s'accomplir, la propriété se consolide en la personne du grevé, et elle devient irrévocable.

[4] Cette interprétation n'aurait pas pu être admise sous l'empire du Code civil qui ne permettait d'appeler que les enfants au premier degré du grevé, c'est-

2° Il suit de notre principe que non-seulement le grevé de substitution, mais même les tiers détenteurs qui ont acquis de lui, soit immédiatement, soit médiatement, des immeubles sujets à la substitution, ne peuvent avant l'ouverture de la substitution en acquérir, par prescription, la libération, quand même l'héritage leur aurait été vendu comme franc et quitte de toute substitution, et qu'ils l'auraient possédé comme tel pendant tout le temps requis pour la prescription; car il est impossible qu'on puisse acquérir la libération d'un droit, avant qu'il ait commencé d'exister: le droit du substitué ne commençant à exister que lors de son ouverture, on ne peut pas en acquérir auparavant la libération [1].

175. Si c'était un possesseur qui n'eût acquis, ni médiatement, ni immédiatement, du grevé l'héritage sujet à la substitution, il pourrait acquérir, par prescription, un droit de propriété de cet héritage, qui n'étant pas celui qu'avait le grevé, ne serait pas sujet à la substitution comme l'était celui du grevé; la sujétion à la substitution, *causâ fideicommissi*, étant une qualité du droit de propriété qu'avait le grevé, et l'extinction d'une chose entraînant celle de toutes les qualités de la chose, le droit de propriété qu'avait le grevé, venant à s'éteindre par la prescription qui s'est accomplie envers lui, la résolubilité de ce droit au profit du substitué, dans le cas d'ouverture de la substitution, qui était une qualité de ce droit, et en quoi consistait l'affectation de l'héritage de la substitution, ne peut plus subsister [2].

à-dire les petits-enfants, ou les neveux et nièces du disposant; mais aujourd'hui qu'il est permis, par la loi du 17 mai 1826, d'étendre la substitution à deux degrés, rien n'empêche d'admettre l'interprétation donnée par Pothier.

[1] Quant au grevé lui-même, il est évident qu'il ne peut invoquer la prescription, c'est surtout à son égard que les appelés n'ont encore aucune qualité pour agir, leur droit n'étant pas encore né, il faut leur appliquer la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, un empêchement *de droit* fait obstacle à toute action de leur part contre le grevé. Mais en est-il de même en ce qui concerne les tiers acquéreurs? nous ne le pensons pas : les tiers n'invoquent pas une prescription à l'effet de se libérer, ils n'étaient tenus d'aucune obligation; le grevé seul était obligé de restituer. Les tiers, lorsque la substitution vient à s'ouvrir, se trouvent, en droit, avoir reçu la chose *à non domino*, il faut donc leur appliquer l'art. 2265, C. civ. Les appelés, soit par eux-mêmes ou par leur tuteur, soit le tuteur à la substitution, pouvaient faire des actes conservatoires (art. 1180, C. civ.), et par conséquent interrompre la prescription. La publicité donnée par la transcription, ne suffirait pas toujours pour constituer l'acheteur en mauvaise foi, car cette mauvaise foi est un fait précis qui doit être prouvé et ne se présume pas. *V.* sur cette importante question M. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 4, nos 2144 et suivants. M. Delvincourt, note 3, de la pag. 107, t. 2, est d'avis contraire; son principal argument consiste à dire que les appelés sont en général assimilés aux mineurs; mais il faudrait une disposition expresse de la loi pour établir une pareille cause de suspension de prescription : une simple analogie ne suffit pas.

Art. 2265 : « Celui qui acquiert de « bonne foi et par juste titre un im« meuble, en prescrit la propriété par « dix ans, si le véritable propriétaire « habite dans le ressort de la Cour « royale dans l'étendue de laquelle « l'immeuble est situé; et par vingt « ans, s'il est domicilié hors dudit res« sort. »

Art. 1180 : « Le créancier peut, « avant que la condition soit accom« plie, exercer tous les actes conser« vatoires de son droit. »

[2] On voit par là que Pothier ne regardait pas les biens substitués comme absolument imprescriptibles : seule-

Il suit en troisième lieu de notre principe, que le décret qui est fait avant l'ouverture de la substitution d'un héritage substitué, soit sur le grevé, soit sur quelqu'un qui ait acquis de lui, médiatement ou immédiatement, pour les dettes du grevé, ou de celui qui a acquis l'héritage de lui, ne purge point la substitution; car le décret ne peut pas purger un droit avant qu'il ait commencé d'exister [1].

176. Il y a encore une autre raison particulière pour laquelle le décret ne purge pas les substitutions, qui est que les substitutions devenant publiques par l'insinuation et la publication qui s'en font, l'adjudicataire a dû les connaître, ou du moins a pu s'en informer.

C'est pour cette raison que l'ordonnance, art. 55, a établi, par un droit nouveau, que le décret ne purgerait plus les substitutions, quand même elles auraient été ouvertes avant le décret, et même avant la saisie réelle de l'héritage.

177. Si l'héritage sujet à la substitution avait été décrété pour les dettes de l'auteur de la substitution, ou pour quelque autre hypothèque ou charge antérieure à la substitution, c'est-à-dire antérieure ou au temps de la donation si c'est une substitution portée par une donation, ou antérieure au temps du décès du testateur, si c'est une substitution testamentaire, il n'est pas douteux que l'héritage passe en ce cas, à l'adjudicataire, sans aucune sujétion à la substitution; car la substitution n'a pu empêcher l'aliénation forcée de cet héritage pour cette cause [2].

Je pense aussi que, si l'héritage était décrété sur quelque possesseur qui ne tiendrait pas son droit du grevé de substitution, le décret en purgeant le droit de propriété que le grevé de substitution a de cet héritage, faute par lui de s'être opposé au décret, purgerait aussi la substitution *causâ fideicommissi*, qui était attachée à ce droit.

178, De la seconde partie de notre principe *que le substitué a une simple espérance par rapport au bien substitué*, il suit qu'ayant intérêt, par rapport à cette espérance, à la conservation des biens substitués, il est recevable à faire tous les actes conservatoires par rapport à ces biens [3].

C'est pourquoi il doit être recevable à interrompre les prescriptions des droits dépendant des biens substitués, si l'héritier grevé néglige de le faire. Par exemple, si l'héritier grevé négligeait de faire passer reconnaissance ou déclaration d'hypothèque aux débiteurs des biens substitués, le substitué serait recevable, surtout après avoir sommé l'héritier grevé de le faire, d'assigner lui-même, à son défaut ou refus, lesdits débiteurs.

179. Par la même raison, s'il dépendait des biens substitués quelque droit de rente foncière, ou autre droit sur un héritage qui se décrétât sans charge desdits droits, le substitué serait, par rapport à son intérêt d'espérance, recevable à former opposition au décret pour la conservation desdits droits. Cet intérêt d'espérance donne aussi droit au substitué d'agir contre le grevé, s'il mésusait des héritages substitués, et les détériorait, pour lui faire des défenses, et si après ces défenses il continuait à mésuser desdits héritages, le substitué pourrait en obtenir le séquestre.

---

ment il ne veut pas que le grevé ou ceux qui ont traité avec le grevé puissent invoquer la prescription.

[1] Le grevé ne peut être exproprié du droit que tel qu'il est en sa personne.

[2] Il est bien évident que les créanciers hypothécaires de l'auteur de la substitution ne soient point obligés de respecter les droits éventuels des appelés.

[3] Ce principe est consacré par l'article 1180, C. civ., ci-dessus, p. 514, note 1.

Enfin, il peut poursuivre le grevé pour l'obliger à faire emploi des deniers provenant de la vente des meubles sujets à la substitution, en héritages ou rentes, ou pour en faire ordonner le dépôt en attendant l'emploi. Il faut même, comme nous l'avons déjà vu, faire à cet effet des saisies et arrêts, entre les mains des débiteurs, des deniers sujets à cet emploi [1].

Art. IV. — Des obligations que l'ordonnance impose au grevé de substitution lorsqu'il recueille les biens substitués.

§ Ier. *De l'inventaire.*

180. L'héritier ou légataire universel grevé de substitution, doit faire inventaire de tous les effets mobiliers, titres et enseignements de la succession.

Cet inventaire doit être fait par un notaire royal, en présence du substitué ou de son curateur, tuteur ou administrateur, et s'il n'était pas encore né, en présence d'un curateur qui doit être nommé par le juge, à la substitution; si le substitué ne voulait pas s'y trouver, il faudrait l'assigner au bailliage du lieu où le testateur avait son domicile lors de son décès, pour être par le juge donné assignation à jour certain, et aux jours suivants, pour être procédé à l'inventaire en sa présence; et, en ce cas, la signification qui serait faite de ce jugement au substitué, tuteur, curateur ou administrateur, avec sommation de se trouver audit inventaire, équipollerait à sa présence s'il ne s'y trouvait pas.

C'est devant les officiers de ce bailliage royal qu'on doit se pourvoir pour cette assignation, comme pour tout ce qui concerne les substitutions, quand même ce serait un autre juge qui aurait apposé les scellés : *Putà,* le juge du seigneur dans le territoire duquel était le domicile du testateur lors de son décès; et ce juge, après avoir levé les scellés, doit renvoyer devant le juge royal.

Le procureur du roi doit aussi assister à cet inventaire. Il doit contenir une prisée des meubles, même dans les pays où cette prisée n'est pas d'usage.

Faute par l'héritier ou légataire universel de faire procéder à cet inventaire dans le temps des ordonnances, le substitué peut, un mois après l'expiration du délai, y faire procéder, en y appelant ledit héritier ou légataire universel, et il a la répétition des frais contre ledit héritier ou légataire universel.

En cas de négligence du substitué d'y faire procéder, il y doit être procédé par le procureur du roi, aux frais dudit héritier ou légataire universel.

Faute par le grevé de substitution d'avoir satisfait à ce qui est prescrit ci-dessus pour l'inventaire et la prisée, il doit être privé des fruits des biens substitués, jusqu'à ce qu'il y ait satisfait; lesquels fruits doivent être adjugés, et ceux qu'il avait perçus, restitués par forme de peine au substitué, et s'il n'est pas encore né, à l'hôpital. Ce qui doit avoir lieu quand même le substitué est sous sa puissance.

Le grevé n'est pas sujet à cette peine lorsqu'il est mineur, ou interdit, ou lorsque c'est une communauté; mais, en ce cas, les tuteurs, curateurs ou administrateurs doivent être, en leur propre et privé nom, condamnés en des amendes au profit du substitué s'il est né, ou de l'hôpital, s'il ne l'est pas [2].

---

[1] Tous ces actes conservatoires, en se conformant aux lois nouvelles, rentrent surtout dans les obligations du tuteur à la substitution.

[2] *V.* art. 1058, 1059, 1060 et 1061, C. civ.

Art. 1058 : « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de

§ II. *De la publication, de l'insinuation et de l'ordonnance pour se mettre en possession.*

181. Les grevés de substitutions universelles ou particulières sont tenus, dans les six mois, de les faire insinuer et publier, sous les mêmes peines expliquées au paragraphe précédent : art. 18 de l'ord. Voyez sur cette insinuation et publication ce que nous avons dit sur ce sujet à la section première.

Le grevé, avant que de se mettre en possession des biens sujets à la substitution, doit obtenir une ordonnance du lieutenant général, qui le lui permette, sur une requête qu'il doit, pour cet effet, lui présenter, à laquelle doivent être attachés une expédition de l'acte de publication et insinuation de la substitution, et un extrait de la clôture de l'inventaire, et sur les conclusions du procureur du roi : art. 35 et 37. — Ce qui doit être observé, quand même les dispositions du testament auraient été consenties par des actes volontaires : art. 39. Et il ne pourra être rendu aucun jugement en conséquence des actes portant substitution, qu'il n'ait été satisfait auxdits articles[1] : art. 40.

§ III. *De la vente des meubles et emploi des deniers.*

182. L'héritier ou légataire universel grevé doit faire procéder à une vente publique des meubles, sur affiches préalablement mises[2].

Il est néanmoins de la prudence du juge de lui permettre de retenir des meubles pour la prisée, pour ce qui doit être distrait à son profit des biens substitués, soit pour ce qui lui est dû par le défunt, soit, en pays de droit écrit, pour les détractions de quartes.

Le grevé doit faire emploi des deniers provenant de ladite vente, et des autres deniers provenant de la succession, conformément à ce que le testateur a ordonné à ce sujet, et s'il ne s'en est pas expliqué, l'emploi doit être fait d'abord à payer les dettes, même à rembourser les rentes dues par la succession, ensuite en acquisition d'héritages ou rentes, soit foncières, soit constituées.

Cet emploi doit être fait dans le délai porté par l'ordonnance du juge, qui met le grevé en possession ; et à l'égard des autres sommes sujettes à emploi, qui lui rentreront par la suite, comme, par exemple, par le remboursement de quelques rentes, il en doit faire emploi dans les trois mois du jour qu'il les aura reçues, faute de quoi, il peut être poursuivi pour le faire.

« restitution, il sera procédé, dans les « formes ordinaires, à l'inventaire de « tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que « d'un legs particulier. Cet inventaire « contiendra la prisée à juste prix des « meubles et effets mobiliers. »

Art. 1059 : « Il sera fait à la requête « du grevé de restitution, et dans le « délai fixé au titre *des Successions*, « en présence du tuteur nommé pour « l'exécution. Les frais seront pris sur « les biens compris dans la disposi- « tion. »

Art. 1060 : « Si l'inventaire n'a pas « été fait à la requête du grevé dans le « délai ci-dessus, il y sera procédé dans « le mois suivant, à la diligence du tu- « teur nommé pour l'exécution, en « présence du grevé ou de son tuteur. »

Art. 1061 : « S'il n'a point été sa- « tisfait aux deux articles précédents, « il sera procédé au même inventaire, « à la diligence des personnes dé- « signées en l'art. 1057, en y appelant « le grevé ou son tuteur, et le tuteur « nommé pour l'exécution. »

[1] *V.* art. 1069, C. civ., ci-dessus, p. 461, note 3.

[2] *V.* art. 1062, C. civ., ci-dessus, p. 494, note 5.

L'emploi doit être fait en présence du substitué, ou de son tuteur, curateur ou administrateur, ou d'un curateur à la substitution. S'il ne voulait pas y consentir, il faudrait, sur une assignation, faire statuer par le juge sur l'emploi proposé [1].

SECTION VI.

De l'ouverture des substitutions; de l'effet de cette ouverture, et des actions qui en naissent.

ART. Ier. — De l'ouverture des substitutions.

§ Ier. *Ce que c'est, et quand elle est ouverte.*

183. On dit qu'*une substitution est ouverte,* lorsque le droit en est acquis au substitué, comme on dit *qu'un legs est ouvert,* lorsque le droit en est acquis au légataire. Tout ce que nous avons dit en notre *Traité des Testaments,* de l'ouverture des legs, peut se dire de l'ouverture des substitutions.

184. Lorsqu'une substitution est faite sans aucune condition, elle est ouverte, comme un legs pur et simple l'est, dès l'instant de la mort du testateur.

Le terme d'un temps certain apposé à une substitution comme à un legs, n'en diffère pas l'ouverture, mais en retarde seulement l'exécution

185. Lorsque la substitution est faite sous quelque condition, elle n'est ouverte que lors de l'accomplissement de la condition : le terme d'un temps incertain tient lieu de condition.

On appelle *temps incertain,* même celui qui arrivera certainement, pourvu qu'il soit incertain s'il arrivera, ou non, du vivant du substitué : tel est le temps de *la mort du grevé.* C'est pourquoi toutes les substitutions, qui ont pour terme ce temps de *la mort du grevé,* sont conditionnelles, et ne sont ouvertes que lors de cette mort.

186. Presque toutes nos substitutions sont faites sous cette condition de la *mort du grevé ;* et quoiqu'elle ne soit pas exprimée, elle y est facilement présumée sur les moindres circonstances, surtout lorsqu'il n'y a pas d'autres conditions [2].

---

[1] *V.* art. 1065, 1066, 1067, 1068, C. civ., *V.* ce dernier article, p. 496, note 2.

Art. 1065 : « Il sera fait par le grevé, « dans le délai de six mois, à compter « du jour de la clôture de l'inventaire, « un emploi des deniers comptants, de « ceux provenant du prix des meubles « et effets qui auront été vendus, et de « ce qui aura été reçu des effets actifs. « —Ce délai pourra être prolongé s'il « y a lieu. »

Art. 1066 : « Le grevé sera pareille« ment tenu de faire emploi des deniers « provenant des effets actifs qui seront « recouvrés et des remboursements de « rentes ; et ce, dans trois mois au plus « tard après qu'il aura reçu ces de« niers. »

Art. 1067 : « Cet emploi sera fait « conformément à ce qui aura été or« donné par l'auteur de la disposition, « s'il a désigné la nature des effets « dans lesquels l'emploi doit être fait ; « sinon, il ne pourra l'être qu'en im« meubles, ou avec privilége sur des « immeubles. »

[2] Ce passage de Pothier nous apprend très clairement ce que l'on entendait autrefois par *substitution,* et dès lors il fixe positivement le sens de la prohibition des substitutions dans les lois

Cette condition est censée exister par la mort civile, comme par la mort naturelle [1].

187. Il y a une condition qui est tacitement présumée dans certaines substitutions, et dont l'existence est, par conséquent, requise pour y donner ouverture.

C'est dans l'espèce de la loi 102, ff. *de cond. et demonst.* Lorsque je suis chargé de substitution par mon père, ou quelqu'autre de mes ascendants, envers quelqu'autre personne que celle de mes enfants, cette substitution est présumée avoir pour condition tacite *si je meurs sans enfants;* c'est pourquoi il ne suffit pas que je meure, il faut que je ne laisse point d'enfants, pour qu'il y ait ouverture à la substitution [2].

Cette présomption est fondée sur l'affection naturelle qu'on doit présumer dans toutes les personnes, et surtout dans l'auteur de la substitution, qui ne permet pas de penser qu'il ait voulu préférer les substitués à ses petits-enfants; d'où on conclut que ce ne peut être que par oubli que cette condition, *de ma mort sans enfants,* ne se trouve pas exprimée : *Fideicommissi conditionem, conjecturâ pietatis, respondi defecisse, quod minus scriptum, quàm dictum fuerat, inveniretur.*

188. Cette décision doit avoir lieu, soit que j'eusse des enfants lors du testament, soit que je n'en eusse point; car elle n'est pas fondée sur la raison que le testateur n'a pas prévu que j'aurais des enfants; et que, s'il l'eût prévu, il les aurait préférés, mais, au contraire, sur cette raison, qu'ayant pensé à mes enfants, et ayant effectivement voulu les préférer, on a oublié de l'écrire : *minùs scriptum quàm dictum.* Cette décision a lieu à l'égard des substitutions particulières, comme à l'égard des substitutions universelles.

189. Lorsqu'une substitution est faite sous plusieurs conditions, il faut que toutes soient accomplies, pour que la substitution soit ouverte, à moins que les conditions ne soient apposées par une disjonctive, auquel cas, l'accomplissement d'une seule donne ouverture à la substitution : comme, lorsqu'il est dit : *je fais ma bru ma légataire universelle, et la charge de restituer mes biens à mes petits-enfants lors de son décès,* ou *si elle se remarie.*

Quelquefois, outre la condition du décès du grevé, on en ajoute plusieurs autres sous une disjonctive entre elles. En ce cas il faut, pour l'ouverture de la substitution, et le décès du grevé, et l'accomplissement de l'une de ces autres conditions

§ II. *La restitution anticipée des biens substitués équipolle-t-elle à une ouverture de substitution ?*

190. Lorsque le grevé de substitution a volontairement restitué ou substitué les biens sujets à la substitution, sans attendre l'accomplissement de la condition d'où elle dépendait, cette restitution anticipée rend, par rapport à lui, et au substitué, la substitution ouverte, et même consommée. En faisant cette restitution, sans attendre la condition, il a fait remise de la condition; de manière que, quand même cette condition viendrait par la suite à défaillir, il ne pourrait plus répéter les biens substitués qu'il a voulu restituer.

---

nouvelles; c'est-à-dire que la loi du 14 novembre 1792, ainsi que l'art. 896, C. civ., *V.* ci-dessus p. 455, note 2, n'ont voulu et entendu prohiber et frapper de nullité que les dispositions à charge de conserver et de rendre à la mort du grevé.

[1] La mort civile permet d'exercer tous les droits auxquels la mort naturelle donnerait ouverture, à moins que la loi n'ait spécialement dit le contraire.

[2] Même sous l'empire de la loi nouvelle du 17 mai 1826, les appelés ne peuvent être que des descendants du grevé.

Mais, suivant cette maxime de droit : *Nemo ex alterius facto prægravari debet;* cette restitution anticipée ne peut préjudicier à des tiers, ni équipoller vis-à-vis d'eux à l'ouverture de la substitution [1].

191. De là il suit, 1° que le substitué, à qui la restitution des biens substitués a été faite avant l'accomplissement de la condition de la substitution, ne peut, avant l'accomplissement de ladite condition, revendiquer les héritages sujets à la substitution contre les tiers acquéreurs qui les auraient acquis du grevé avant ladite restitution.

C'est ce qui est décidé par l'ordonnance, art. 43. La raison est que ce tiers acquéreur ayant acquis le droit de propriété des héritages par lui acquis, tel que l'avait alors le grevé qui les lui a vendus, c'est-à-dire un droit de propriété durable, jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition apposée à la substitution, il ne peut pas être dépouillé de ces héritages avant ce temps, puisqu'il en a acquis la propriété jusqu'à ce temps : le grevé la lui ayant une fois transférée, ne peut plus en disposer au profit du substitué, par la restitution anticipée qu'il lui fait ; il ne peut, par cette restitution anticipée, disposer que de ce qui reste à lui desdits biens, et non pas de ce qui a cessé d'être à lui.

192. De là il suit : 2° que les créanciers hypothécaires du grevé, antérieurs à ladite restitution anticipée, peuvent, nonobstant ladite restitution, tant que la condition apposée à la substitution n'est pas accomplie, exercer leur hypothèque sur les immeubles sujets à la substitution, et former l'action hypothécaire contre le substitué, « à ce qu'il ait à les délaisser, si mieux il n'aime acquitter les causes d'hypothèque, sauf à lui à faire valoir la substitution sur lesdits héritages, lorsque la condition aura été accomplie » : c'est la décision de l'art. 42 de l'ordonnance.

La raison est que le grevé, qui avait un droit de propriété des biens substitués, durable jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution, a pu donner, et a effectivement donné à ses créanciers un droit d'hypothèque d'une égale durée sur lesdits biens ; et leur ayant une fois donné ce droit, la restitution anticipée qu'il fait au substitué, ne peut plus les en priver.

Ricard avait mal à-propos distingué, à cet égard, entre l'hypothèque générale et la spéciale. L'ordonnance, art. 42, ne fait aucune distinction, et sa disposition est conforme aux principes du droit ; car celui qui hypothèque généralement tous ses biens, hypothèque tous les biens qui sont à lui, pour et autant qu'ils lui appartiennent. Le grevé, dans l'hypothèque générale de ses biens, doit donc être censé y avoir compris même les biens sujets à la substitution, pour le temps que sa propriété devait durer, c'est-à-dire jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution ; et le créancier ne peut pas plus être privé de l'hypothèque générale qu'il a acquise sur lesdits biens, que d'une hypothèque spéciale.

193. De là il suit : 3° que les créanciers chirographaires du grevé, lorsqu'il s'est mis hors d'état de les payer par la restitution anticipée qu'il a faite des biens substitués, peuvent exercer contre le substitué l'action révocatoire, et se venger sur lesdits biens, jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution. L'ordonnance, art. 42, en a une disposition précise ;

---

[1] *V.* art. 1053, C. civ.

Art. 1053 : « Les droits des appelés « seront ouverts à l'époque où, par « quelque cause que ce soit, la jouis- « sance de l'enfant, du frère ou de la « sœur, grevés de restitution, cessera : « l'abandon anticipé de la jouissance « au profit des appelés, ne pourra pré- « judicier aux créanciers du grevé an- « térieurs à l'abandon. »

et elle est en cela conforme aux principes de droit, en la loi 17, § *fin.* ff. *quæ in fraud. cred. facta sunt, ut restit.*, où il est dit : *fraudem etiam in tempore fieri* dans l'espèce d'un mari qui avait, en fraude de ses créanciers, avancé le temps de la restitution de la dot de sa femme. La loi 19, ff. *eod. tit.*, qui contient une disposition contraire dans l'espèce d'un père qui avait émancipé ses enfants, pour leur restituer, avant le temps de sa mort, les biens que leur mère l'avait chargé de leur rendre, est fondée sur des raisons particulières, qui n'ont pas d'application parmi nous [1].

194. De là il suit : 4° que ceux à qui la restitution anticipée a été faite, s'ils meurent avant l'accomplissement de la condition de la substitution, et que, lors de l'accomplissement de la condition, il s'en trouve d'autres qui aient été appelés, à leur défaut, à la substitution, le grevé ne sera pas libéré envers eux, par la restitution anticipée qu'il a faite à ceux qui sont prédécédés. C'est la décision de la loi 41, § 12, ff. *de Leg.* 3°, où l'héritier ayant été chargé de restituer, après son décès, les biens du testateur à Appia, *ou si elle prédécédait, à Valérianus,* et les ayant, par anticipation, restitués de son vivant à Appia, qui serait depuis morte avant lui ; Scévola décide que cette restitution n'a pas libéré l'héritier envers Valérianus, s'il se trouve en état de recueillir la substitution lors de la mort de l'héritier qui a fait ouverture : *Respondit ; si vivo Seio Appia decessisset (hæredem) ; non esse liberatum à fideicommisso Valeriano relicto.*

Par la même raison, lorsqu'une famille est appelée à une substitution, si ceux de la famille qui étaient lors les plus proches, à qui la restitution anticipée a été faite, meurent tous avant l'accomplissement de la condition de la substitution, cette restitution anticipée n'aura pas libéré le grevé envers ceux de la famille qui se trouveront être les plus proches lors de l'accomplissement de la condition ; car le testateur ayant appelé une famille *collective* à une substitution, à laquelle il a mis une condition, il a eu en vue ceux de cette famille qui se trouveraient les plus proches au temps qu'il a lui-même marqué pour l'ouverture de la substitution, qui est celui de l'accomplissement de la condition qu'il y a mise, et non pas ceux qui n'existeraient pas et seraient prédécédés ; ce ne sont donc pas ceux à qui la restitution a été faite qui sont appelés à la substitution ; c'est donc mal à propos, *sine causâ*, que cette restitution leur a été faite ; elle n'a donc pas libéré le grevé envers ceux qui se trouvaient lors de l'accomplissement de la condition de la substitution. Les plus proches de la famille sont véritablement ceux qui sont appelés à la substitution ; mais le grevé a un recours contre ceux à qui il a restitué mal à propos, comme leur ayant, par erreur, payé ce qui, par l'événement, s'est trouvé appartenir à d'autres.

Si la restitution anticipée a été faite à quatre personnes qui étaient pour lors les plus proches de la famille, et qu'il en soit mort trois avant l'accomplissement de la condition de la substitution, celui qui est resté seul peut-il prétendre les portions des trois prédécédés ? Il semblerait qu'il le pourrait par les raisons ci-dessus alléguées. Néanmoins, il y a lieu de soutenir qu'il n'y est pas recevable ; car, en consentant de recevoir avec les trois autres, il a consenti que la substitution fût ouverte, sans attendre l'accomplissement de la condition, et il n'est pas recevable à revenir contre le consentement qu'il a donné [2].

---

[1] Toutes ces conséquences auraient encore lieu aujourd'hui quoique le Code soit moins explicite que l'ordonnance ; la disposition finale de l'art. 1053 suffit pour établir le principe. *V.* la note précédente.

[2] Il nous semble au contraire qu'il peut réclamer ; car l'arrangement qui est intervenu entre eux n'a pu être que provisoire, autrement ce serait tromper la prévoyance de l'auteur de la substitution.

ART. II. — De l'effet de l'ouverture des substitutions, et des actions qui en naissent.

§ Ier. *Principes sur ces effets.*

195. L'effet de l'ouverture des substitutions est que la propriété des choses substituées passe, de plein droit, de la personne du grevé en celle du substitué. Les lois romaines, en cela conformes aux nôtres, le décident pour les legs conditionnels. Les fidéicommis ayant été en tout égalés aux legs par Justinien, on doit décider la même chose pour les substitutions ou fidéicommis conditionnels [1].

Quoique le substitué devienne de plein droit propriétaire des choses substituées, il n'en est pas néanmoins saisi de plein droit, quand même la substitution serait à titre universel et en ligne directe. Le grevé ou ses héritiers, nonobstant l'ouverture de la substitution, demeurent, non plus propriétaires, mais possesseurs des choses substituées, et c'est du grevé ou de ses héritiers que le substitué en doit obtenir la délivrance.

196. De là il suit que les fruits des biens substitués appartiennent au grevé ou à ses héritiers, même depuis l'ouverture de la substitution, jusqu'à la délivrance, ou du moins jusqu'à la demande de la délivrance; car, quoique le grevé n'en soit plus le propriétaire, en étant juste possesseur, n'étant pas obligé de savoir, jusqu'à la demande en délivrance, si le substitué entend accepter et recueillir la substitution, il a qualité pour percevoir à son profit les fruits de ces biens [2].

Quoique ce soit de la personne du grevé que la propriété et la possession des biens substitués passe en celle du substitué, néanmoins ce n'est pas du grevé, mais de l'auteur de la substitution qu'il tient son droit; c'est le testament ou autre acte qui contient la substitution, qui est son titre d'acquisition; car c'est en vertu de ce titre que la propriété des biens substitués lui est acquise lors de l'ouverture de la substitution.

197. De là il suit que, si l'auteur de la substitution est un des ascendants du substitué, le titre d'acquisition du substitué est une donation ou un legs en ligne directe, qui rend, en la personne du substitué, propres de la ligne du donateur ou testateur, les immeubles compris en la substitution, quand même le grevé, par le canal duquel ils sont passés, ne serait que le parent collatéral du substitué, ou même un étranger [3].

Contrà vice versâ, si l'auteur de la substitution n'est parent qu'en collatéral du substitué, ou même un étranger, le titre d'acquisition du substitué est une donation en collatéral ou d'étranger, qui rend, en la personne du substitué, acquêts les immeubles compris en la substitution, quand même le grevé, par le canal duquel ils passent au substitué, seraient le père ou la mère du substitué.

---

[1] La propriété du grevé est résolue rétroactivement, il est censé n'avoir jamais été propriétaire.

[2] On peut appliquer l'art. 1014, 2e alinéa, C. civ.

Art. 1014 : « Tout legs pur et sim- « ple donnera au légataire, du jour du « décès du testateur, un droit à la chose « léguée, droit transmissible à ses hé- « ritiers ou ayants cause.—Néanmoins « le légataire particulier ne pourra se « mettre en possession de la chose lé- « guée, ni en prétendre les fruits ou « intérêts, qu'à compter du jour de sa « demande en délivrance, formée sui- « vant l'ordre établi par l'art. 1011, ou « du jour auquel cette délivrance lui « aurait été volontairement consen- « tie. »

[3] Cette qualité de *propres ou d'acquêts* est supprimée par les lois nouvelles.

Quoique le substitué tienne son droit de l'auteur de la substitution et non du grevé, néanmoins il est vrai que la mutation de propriétaire et possesseur se fait de la personne du grevé à celle du substitué, puisque effectivement la propriété et la possession des biens substitués passent du grevé au substitué.

198. De là il suit que, comme c'est la mutation plutôt que le titre d'acquisition qui produit les profits de rachat dans les fiefs ; pour savoir si l'ouverture d'une substitution donne lieu au profit, ce n'est pas le titre de la substitution, ni la personne de l'auteur de la substitution qu'on doit considérer, mais seulement la personne du grevé, par le canal duquel la propriété et possession des fiefs substitués, passe au substitué.

Si ce grevé est un des ascendants du substitué, la mutation de fiefs, qui se fait par l'ouverture de la substitution, est une mutation de fief en directe, qui ne donne pas ouverture au profit de rachat, quand même l'auteur de la substitution ne serait qu'un parent collatéral du substitué, ou même un étranger, et la substitution conséquemment une simple donation en collatéral, ou donation d'étranger.

Contrà vice versâ, si le grevé n'est qu'un collatéral du substitué, ou même un étranger, la mutation de fief en collatéral, ou d'étranger à étranger, produit une ouverture au profit de rachat, quand même l'auteur de la substitution serait un des ascendants du substitué.

C'est en conséquence de ces principes que l'art. 56 de l'ordonnance décide que les substitués doivent les profits féodaux et censuels, dans les mêmes cas dans lesquels il les auraient dus s'ils eussent succédé au grevé à titre d'héritier [1].

§ II. *Des actions et de l'hypothèque du substitué.*

199. L'ouverture de la substitution donne au substitué les mêmes actions que l'ouverture des legs donne aux légataires, savoir :

1° Les actions personnelles, *ex testamento,* que le substitué a contre le grevé ou les héritiers ou autres successeurs du grevé, pour la restitution des sommes et choses comprises en la substitution, avec les fruits desdites choses, et intérêts desdites sommes, et les dommages et intérêts qui peuvent être dus au substitué, pour les détériorations que le grevé aurait pu causer par sa faute ou négligence, aux biens substitués ;

2° L'action de revendication des immeubles compris en la substitution, qu'a le substitué contre ceux qui les possèdent, soit que ce soit le grevé ou ses héritiers, soit que ce soit des tiers détenteurs ; avec cette différence, néanmoins, que les tiers détenteurs peuvent opposer à cette demande le défaut d'insinuation et publication des substitutions, lorsqu'il y a manqué, comme nous l'avons observé en son lieu, ce que ne peuvent les héritiers [2] ;

3° L'action hypothécaire.

---

[1] Le droit de mutation étant exigible sans distraction des charges, il s'ensuit que le grevé de restitution doit acquitter ce droit sur la valeur entière des biens ; l'appelé n'ayant aucun droit actuel sur ces mêmes biens, étant encore incertain s'il survivra au grevé, il n'est tenu de faire sa déclaration que dans les six mois du décès de celui-ci. Mais sur quel taux le droit sera-t-il alors perçu ? L'appelé vient sans doute à la propriété des biens substitués après le grevé, *ordine temporis,* mais il ne tient pas ces biens du grevé lui-même, il les reçoit de la libéralité du disposant, il nous paraît qu'il doit payer le droit d'après les relations de parenté ou non qui existaient entre lui *appelé* et le disposant primitif, sans égard à ses relations de parenté avec le grevé.

[2] *V.* art. 1070, C. civ., ci-dessus, p. 465, note 1.

Le substitué a la même hypothèque sur les biens du testateur échus au lot du grevé de substitution, que les légataires [1].

Il a aussi hypothèque sur les biens propres du grevé; savoir pour la restitution des deniers comptants, et des effets mobiliers compris en la substitution, et pour les dommages et intérêts dus pour raison des dégradations faites aux héritages substitués, par la mauvaise administration [2]. C'est ce qui a été jugé par arrêt (du 29 mars 1675), rapporté au *Journal du Palais* (t. 1er, p. 643).

Tout ce que nous avons dit en notre *Traité des Testaments* sur les différentes actions des légataires, reçoit application à l'égard de celles des substitués.

SECTION VII.

Comment s'éteignent les substitutions?

200. Les substitutions s'éteignent,—ou de la part de l'auteur de la substitution, ou de la part de l'héritier, — ou de la part du substitué,—ou par l'extinction des choses sujettes à la substitution,—ou dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé, — ou par la défaillance de la condition,—ou par l'accomplissement des degrés auxquels l'ordonnance a limité les substitutions.

ART. 1er. — De l'extinction des substitutions de la part de l'auteur de la substitution, ou de la part de l'héritier.

§ Ier. *De l'extinction des substitutions de la part de leur auteur.*

201. Il faut distinguer, à cet égard, entre les substitutions testamentaires et celles faites entre-vifs.

202. Les substitutions testamentaires s'éteignent ainsi que les legs,

1° Lorsque le testateur est condamné à une peine qui emporte mort civile, et meurt privé de l'état civil par cette condamnation; car son testament ne pouvant valoir en ce cas, les substitutions qui y sont contenues, périssent comme toutes les autres dispositions [3].

2° Les substitutions testamentaires s'éteignent de la part de l'auteur de la substitution, ou par une révocation générale qu'il fait de son testament, dans lequel elle est contenue, ou par une révocation particulière de la substitution.

Ce que nous avons dit au *Traité des testaments* sur l'extinction des legs

---

[1] *V.* art. 1017, C. civ.

Art. 1017 : « Les héritiers du testa- « teur, ou autres débiteurs d'un legs, « seront personnellement tenus de « l'acquitter, chacun au prorata de la « part et portion dont ils profiteront « dans la succession.—Ils en seront « tenus hypothécairement pour le tout, « jusqu'à concurrence de la valeur des « immeubles de la succession dont ils « seront détenteurs. »

[2] Le Code n'accorde aucune hypothèque aux appelés sur les biens propres du grevé.

[3] *V.* art. 25, C. civ., 1er alinéa, qui consacre le même principe.

Art. 25 : « Par la mort civile, le « condamné perd la propriété de tous « les biens qu'il possédait; sa succes- « sion est ouverte au profit de ses hé- « ritiers, auxquels ses biens sont dé- « volus, de la même manière que s'il « était mort naturellement et sans tes- « tament. »

de la part du testateur, reçoit son application à l'égard des substitutions testamentaires [1].

A l'égard des substitutions portées par des contrats de mariage ou des donations entre-vifs, comme elles sont de la nature des actes dans lesquels elles sont contenues, elles sont irrévocables, et ne dépendent plus de l'auteur de la substitution, qui ne peut les révoquer. (Ordonn. de 1747, art. 11 et 12.)

La mort civile qu'il encourrait par la suite, par une condamnation à peine capitale, ne peut non plus y donner aucune atteinte [2].

§ II. *De l'extinction des substitutions de la part de l'héritier.*

203. Les substitutions portées par des contrats de mariage ou donations entre-vifs, ne peuvent jamais recevoir aucune atteinte de la part de l'héritier de l'auteur de la substitution.

204. Les substitutions testamentaires peuvent recevoir atteinte de la part de l'héritier en un seul cas, et dans le pays de droit écrit seulement; c'est par la caducité de l'institution d'héritier, qui arrive par le prédécès de l'héritier institué; car, si, lors de la mort du testateur, il ne reste aucun des héritiers qu'il a institués, soit dans le premier degré, soit dans les degrés ultérieurs, ce défaut d'héritier entraîne la ruine du testament, selon les principes du droit romain, et, par conséquent, de toutes les substitutions, soit universelles, soit particulières, qui y seraient contenues [3]. Cela est confirmé par l'ordonnance, art 26.

205. Cette règle souffre exception,

1° A l'égard des testaments militaires, lesquels n'étant pas assujettis aux règles du droit civil, peuvent valoir sans héritier;

2° A l'égard de tous les autres testaments, lorsqu'ils contiennent la *clause codicillaire*, c'est-à-dire, une clause par laquelle le testateur déclare que, si son testament ne peut avoir effet comme testament, sa volonté est qu'il vaille comme codicille *ab intestat*, ou, ce qui est la même chose, lorsqu'il charge ses héritiers *ab intestat*, de l'exécution de son testament, au cas auquel ceux qu'il a institués ne seraient pas ses héritiers.

Si celui des héritiers institués qui a été chargé de la substitution, soit universelle, soit particulière, est prédécédé, mais qu'il se trouve quelque héritier substitué par substitution directe, ou quelque cohéritier de cet héritier grevé prédécédé, en ce cas, les substitutions fidéicommissaires dont cet héritier prédécédé avait été chargé, ne sont pas éteintes par son prédécès, parce que, selon la constitution de l'empereur Sévère, le testateur est censé en avoir tacitement chargé, à son défaut, le substitué, ou les cohéritiers qui profitent, par son décès, de sa portion héréditaire.

Si l'héritier institué qui a été grevé de substitution a survécu, fût-il le seul institué, il ne peut pas, en répudiant la succession, donner atteinte à la substitution fidéicommissaire universelle dont il est grevé, parce que, selon le sénatus-consulte Pégasien, l'héritier institué chargé d'un fidéicommis universel, peut être forcé d'accepter la succession au risque du fidéicommis.

C'est pourquoi l'ordonnance, conformément à ces principes, décide, art. 27,

---

[1] *V.* art. 1035, C. civ.

Art. 1035 : « Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en « partie, que par un testament posté- « rieur, ou par un acte devant notaires, « portant déclaration du changement « de volonté. »

[2] Quoique le Code n'ait pas renouvelé les dispositions des articles 11 et 12 de l'ordonnance, il est évident que les substitutions comprises dans une donation participent de l'irrévocabilité de cette donation.

[3] Le Code n'exige point l'institution d'héritier pour la validité du testament.

que la renonciation de l'héritier institué ne pourra nuire au substitué, lequel, en ce cas, prendra la place dudit héritier, et pareillement, en cas de renonciation du substitué, celui qui sera appelé après lui, prendra sa place.

206. Dans nos pays coutumiers, où nous n'avons pas d'institution d'héritier d'où dépendent nos testaments, et nos testaments n'étant proprement que des codicilles *ab intestat*, et n'ayant d'autres héritiers que ceux qui sont appelés par la loi, il est évident que les substitutions testamentaires, soit universelles, soit particulières, ne peuvent jamais recevoir d'atteinte, soit de la part de l'héritier, soit de la part des légataires universels qui en sont grevés; car, soit que l'héritier, ou légataire, ou donataire universel ou particulier qui a été grevé de la substitution universelle ou particulière, prédécède, soit qu'il répudie la succession, son legs ou son don universel; ceux qui recueilleront les biens à leur défaut, ou en leur place, ou même la succession vacante, seront tenus des substitutions; Arrêt du 26 février 1715, au t. 6e du *Journal des Audiences* (liv. 5, ch. 11); arrêt du 1er février 1718, au t. 7e (liv. 1, ch.10).

Au reste ils n'en sont tenus que sous les mêmes conditions qui ont été apposées à la substitution; par exemple, si un légataire universel a été chargé de restituer après son décès à quelqu'un les biens qui lui ont été légués, et que ce légataire universel répudie son legs, l'héritier *ab intestat*, pardevers qui demeurent les biens légués, ne sera tenu de la substitution que sous la condition de la mort de ce légataire universel, qui a été apposée à la substitution [1].

ART. II. De l'extinction des substitutions de la part du substitué.

207. La substitution s'éteint de la part du substitué, lorsque le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, ou lorqu'il se trouve incapable de la recueillir lors de l'ouverture, comme lorsqu'il a perdu la vie civile [2]. L'exhérédation, quoique justement prononcée par un père contre quelqu'un de ses enfants, ne rend pas cet enfant exhérédé incapable de recueillir la substitution des biens, dont ce père a éte grevé envers ses enfants; car cette exhérédation ne lui ôte pas les droits de famille, ni la qualité d'enfant en laquelle il est appelé à la substitution. Le père, en l'exhérédant, n'a pu le priver que de ses biens; et non pas des biens substitués, qui, par l'ouverture de la substitution, cessent de lui appartenir.

C'est la décision de l'art. 29 de l'ordonnance, qui a néanmoins deux exceptions:—La première est si l'auteur de la substitution avait lui-même, par sa disposition, excepté ceux qui encourraient l'exhéréditation;—La seconde est, lorsque l'exhérédé se trouve dans quelqu'un des cas pour lesquels les ordonnances privent quelqu'un de tout droit à toutes les successions; car cela comprend non-seulement les successions légitimes, mais aussi celles à titre de substitution.

La substitution s'éteint aussi par la répudiation qu'en fait le substitué.

On peut demander, à l'égard de cette répudiation, quand elle se peut faire, comment elle se fait, et quel en est l'effet.

§ Ier. *Quand se fait la répudiation d'une substitution?*

208. Il semble que la répudiation d'une substitution ne puisse se faire que lorsqu'elle est ouverte; car, pour répudier un droit, il faut qu'il existe : ce qui n'existe pas encore, ne peut être ni accepté, ni répudié.

Néanmoins, quoiqu'il ne puisse pas y avoir de répudiation proprement dite

---

[1] Si le grevé répudie, les droits des appelés sont ouverts.

[2] Alors la charge de rendre est réputée non avenue et les biens sont consolidés irrévocablement en la personne du grevé.

d'une substitution, avant qu'elle soit ouverte, on peut faire quelque chose d'équipollent; car le substitué peut, avant l'ouverture de la substitution, convenir avec le grevé qu'*au cas que la substitution s'ouvre par la suite à son profit, il ne la recueillera point.*

Le substitué peut aussi avoir une pareille convention avec le substitué ultérieur, qui est appelé à la substitution à son défaut.

Ces conventions ne se peuvent faire du vivant de l'auteur de la substitution, parce que les conventions, qui concernent les biens d'un homme vivant, ont quelque chose de contraire aux bonnes mœurs; mais, lorsqu'elles se font après sa mort, avant l'ouverture de la substitution, elles doivent être entretenues [1].

§ II. *Comment se fait la répudiation d'une substitution?*

209. Lorsque la renonciation à la substitution se fait depuis qu'elle est ouverte, elle peut se faire par la seule déclaration que fait le substitué de la volonté qu'il a de renoncer à la substitution, laquelle néanmoins doit être constatée par écrit.

Lorsque la renonciation à la substitution se fait avant qu'elle soit ouverte, elle ne peut, en ce cas, se faire que par un acte devant notaire, passé, ou avec le grevé, ou avec celui qui est appelé au défaut du renonçant, duquel acte il doit rester minute à peine de nullité.

L'ordonnance, en exigeant cet acte, paraît avoir rejeté les renonciations tacites aux substitutions avant leur ouverture, telle que celle qui se tirait, par induction, du consentement donné par le substitué à la vente que l'héritier grevé avait faite d'un héritage sujet à la substitution, suivant la loi 120, § 1, ff. *de Leg.* 1°. L'esprit de l'ordonnance a été en cela, comme dans quelques autres de ses dispositions, de retrancher la matière des procès auxquels la recherche de la volonté du substitué pourrait donner lieu [2].

210. Observez que si ce consentement donné par le substitué à la vente de l'héritage sujet à la substitution, ne renferme pas, parmi nous, une renonciation entière à la substitution, au moins il doit renfermer un consentement du substitué de se contenter de répéter du grevé, lors de l'ouverture de la substitution, le prix pour lequel l'héritage aura été vendu.

Observez aussi qu'à l'égard des substitutions qui ne résultent que d'une défense d'aliéner, le consentement que donnent à cette aliénation tous ceux au profit de qui cette défense a été faite, doit en empêcher l'ouverture : car c'est une remise qu'ils font de la condition qui seule y pouvait donner ouverture [3].

Si le consentement formel donné à la vente de l'héritage du substitué ne renferme pas une renonciation à la substitution, à plus forte raison celui qui reçoit comme notaire ou assiste simplement comme témoin au contrat de vente de l'héritage substitué, n'est pas censé y renoncer; il n'est pas même censé

---

[1] Ce n'est pas tout à fait une convention sur la succession d'un homme vivant; mais, il faut l'avouer, elle a beaucoup d'analogie avec les pactes sur succession future, et permettre de semblables conventions ce serait le plus souvent tromper les mesures, la sage prévoyance de l'auteur de la substitution.

[2] Le Code n'a point renouvelé l'art. 28 de l'ordonnance qui permettait à l'appelé de renoncer à la substitution avant son ouverture, ce qui nous paraît suffisant pour conclure qu'il ne peut valablement faire cette renonciation. Il a bien un droit acquis, mais il ne peut en disposer.

[3] Lors même qu'on admettrait la validité d'un pareil consentement donné par l'appelé à l'aliénation que fait le grevé, ce ne serait que dans l'intérêt et à cause du tiers acquéreur.

s'engager à ne point revendiquer l'héritage lors de l'ouverture de la substitution, mais seulement prêter son ministère à un contrat. L. 34, § 2, ff. *de Leg.* 2°.

Quid, si, par le contrat, on avait déclaré à l'acheteur l'héritage franc et quitte de substitution, la réticence malicieuse du substitué, présent à l'acte, pourrait passer pour un dol qui l'exclurait de la revendication contre cet acheteur.

211. La clause dans un partage des biens substitués, que font ensemble des cohéritiers ou colégataires réciproquement grevés de substitution, par laquelle ils promettent *de ne pas revenir de part et d'autre contre le présent partage*, ne renferme pas de renonciation; car il eût fallu, pour cela, qu'ils se fussent permis réciproquement la libre aliénation de la portion échue à chacun d'eux par le partage qu'ils ont fait, et contre lequel ils se sont promis de ne pas revenir.

§ III. *De l'effet de la répudiation.*

212. La répudiation que fait le substitué après l'ouverture de la substitution, éteint proprement le droit qui résultait de cette substitution à ce substitué; il se trouve, par cette répudiation, sans droit, tant vis-à-vis du grevé et de ses héritiers, à qui il ne peut rien demander, que vis-à-vis de ceux qui sont appelés à la substitution, simplement à son défaut, auxquels il fait place.

Par exemple, s'il était dit : *Je veux que mes biens, après la mort de mon légataire universel, appartiennent à Pierre, et à son défaut à Jean;* Pierre, par la répudiation qu'il fait de la substitution après la mort du légataire universel, éteint son droit, et donne ouverture à la substitution au profit de Jean appelé après lui.

213. Lorsque le substitué renonce à la substitution par une convention qu'il a avec le grevé avant l'ouverture de la substitution, cette renonciation ne peut éteindre le droit que le substitué pourra un jour avoir par l'ouverture de la substitution, puisqu'il n'existe pas encore; cette convention forme seulement un engagement personnel entre le substitué et le grevé, par lequel le substitué s'engage envers le grevé de ne pas lui demander les biens sujets à la substitution, lorsqu'elle sera ouverte à son profit, et non-seulement de ne les pas demander à lui grevé, mais de ne les point demander à tous ceux qui les tiendraient de lui; de laquelle convention il résulte une exception qui peut exclure la demande que le substitué formerait pour la restitution desdits biens.

Mais cet engagement qui naît d'une convention entre le substitué et le grevé, peut être détruit par une convention contraire entre les mêmes parties, auquel cas le substitué, libéré de l'engagement qui résultait de cette convention, pourra recueillir les biens substitués lors de l'ouverture de la substitution, sans que celui qui y est appelé à son défaut, puisse les prétendre, la renonciation faite à la substitution avant son ouverture, par ce premier substitué, n'ayant point éteint son droit, et n'en ayant donné aucun à celui qui est appelé à son défaut; car la convention qui contient cette renonciation n'ayant été faite qu'avec le grevé, et non avec la personne appelée au défaut du premier substitué, n'a pu donner aucun droit à cette personne, suivant ce principe de droit : *Conventio inter alios facta alteri nec prodest, nec nocet.*

214. Pareillement lorsque la renonciation à la substitution a été faite par le substitué, avant l'ouverture de la substitution, par une convention entre le substitué et celui qui était appelé à son défaut, sans que le grevé y fût partie, cette convention ne forme qu'un engagement personnel, par lequel le substitué s'engage envers celui qui est appelé à son défaut, à lui laisser recueillir à sa place les biens substitués, lorsque la substitution sera ouverte. Mais si cette personne appelée à son défaut venait à ne pouvoir les recueillir par son prédécès avant l'ouverture de la substitution, cette convention n'empêchera pas le substitué de demander au grevé les biens substitués, lorsque la substitution viendra à être ouverte; car le grevé n'ayant pas été partie dans cette convention, il n'en

peut résulter aucune exception au grevé contre la demande du substitué, suivant la règle ci-dessus rapportée.

En cela les renonciations qui se font avant l'ouverture de la substitution, diffèrent entièrement de celles qui se font depuis l'ouverture, lesquelles éteignent le droit du substitué renonçant, tant vis-à-vis du grevé que de ceux qui sont appelés à son défaut.

215. Une seconde différence entre la renonciation à la substitution qui se fait depuis l'ouverture et celle qui se fait avant, est que le substitué qui est appelé à une substitutiou dans plusieurs degrés, lorsqu'il y renonce, avant l'ouverture de tous ces degrés, par une convention qu'il a avec le grevé, est censé y renoncer pour tous les degrés dans lesquels elle pourrait être ouverte à son profit contre ce grevé avec qui il a eu convention ; au contraire, la renonciation à la substitution, qui se fait depuis l'ouverture, n'est censée faite qu'au droit qui est ouvert, et non à celui auquel il pourrait y avoir encore ouverture dans les degrés ultérieurs, dans lesquels je me trouverais encore appelé.

Par exemple, si le testateur avait ordonné que ses biens appartiendraient, après le décès de son légataire universel, à Pierre, ou, au défaut ou au refus de Pierre, à Jean, ou, au défaut ou refus de Jean, au plus proche de son nom ; que Pierre, après la mort du légataire, et, par conséquent, après l'ouverture de la subtitution, y ait renoncé ; que Jean, après y avoir longtemps délibéré, y ait renoncé aussi, et que Pierre, lors du refus de Jean, qui donne ouverture à la substitution au profit des plus proches du nom, se trouve le plus proche de ce nom, et, par conséquent, appelé à la substitution dans ce degré ; la répudiation qu'il a faite à la substitution qui lui était déférée dans le premier degré, ne l'exclura pas de recueillir la substitution qui lui est déférée par le dernier degré ; car il ne répudie que le droit qui était ouvert à son profit lors de la renonciation.

Au contraire, si Pierre avait, du vivant du légataire universel, et, par conséquent, avant l'ouverture d'aucun des degrés, renoncé à la substitution par une convention avec le légataire universel, il serait censé y avoir renoncé pour tous les degrés dans lesquels elle pourrait, par la suite, être ouverte à son profit ; car aucun des degrés n'étant encore ouvert, il n'y a pas de raison pour laquelle il serait censé y avoir renoncé plutôt pour un degré que pour un autre ; cette renonciation doit donc embrasser tous les degrés.

Mais cette renonciation ne doit pas s'étendre à la substitution qui aurait été ouverte au profit d'un autre, dont il serait devenu héritier depuis l'ouverture. Que s'il n'avait pas seulement renoncé à une substitution faite à son profit, mais qu'il eût promis de garantir l'acquéreur à qui on vendait l'héritage substitué, il ne pourrait pas, non-seulement de son chef, mais ni même comme héritier d'un autre substitué, inquiéter cet acquéreur.

216. C'est une question qui concerne l'effet de ces renonciations, si deux frères mineurs étant réciproquement grevés de substitution l'un envers l'autre en faveur du survivant, et ayant réciproquement renoncé à ces substitutions par une convention faite entre eux, le mineur au profit de qui, par l'événement, la substitution serait ouverte, pourrait être restitué contre cette convention ? La loi 11, *in fin.* Cod. *de trans.* décide qu'il ne doit pas être restitué. La raison est que cette convention était en soi avantageuse à l'un et à l'autre ; que le mineur, qui demande à être restitué, n'a souffert de cette convention que par l'événement, ce qui ne doit pas être une cause de restitution suivant cette maxime : *Non restituetur, qui sobriè rem suam administrans, occasione damni non inconsultè accidentis, sed fato, velit restitui. Nec enim eventus damni restitutione indiget.* L. 11. § 4 ff. *de minor.* Cette décision néanmoins doit beaucoup dépendre des circonstances, et de telles conventions entre mi-

neurs, ne doivent pas être facilement autorisées, à moins qu'elles ne soient faites par avis de parents, et pour de bonnes raisons[1].

ART. III.— De l'extinction des substitutions par l'extinction des choses sujettes à la substitution, et par la défaillance des conditions dont elles dépendent, et dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé.

§ Ier *De l'extinction des choses sujettes à la substitution.*

217 Il n'est pas douteux que l'extinction des choses comprises dans une substitution qui arrive sans le fait ni la faute du grevé, l'éteint par rapport à ces choses, lorsqu'elles sont du nombre de celles qui doivent être conservées en nature.

Par exemple, si un héritage sujet à la substitution, est emporté par la rivière dont il est voisin, la substitution est éteinte par rapport à cet héritage, pourvu que cela ne soit point arrivé par la faute du grevé, qui aurait négligé de réparer les digues.

Par la même raison, si les meubles qui servaient à meubler un château, compris avec ce château dans une substitution, avec la clause *qu'ils seraient conservés en nature*, ont été consumés par l'incendie du château, causé par le feu du ciel, la substitution est éteinte par rapport à ces meubles.

A l'égard des meubles qui sont compris dans une substitution pour être vendus, leur extinction, quoique causée par une force majeure, n'éteint la substitution, par rapport auxdits meubles, que lorsque l'accident est arrivé avant que le grevé de substitution ait eu le temps de faire procéder à la vente desdits meubles, lequel temps doit s'estimer à l'arbitrage du juge [2].

Voyez ce que nous avons dit au *Traité des Testaments,* sur l'extinction des legs par l'extinction des choses léguées.

§ II. *De l'extinction des substitutions par la défaillance des conditions.*

218. Les substitutions s'éteignent par la défaillance des conditions qui y sont apposées. Une condition est défaillie lorsqu'il est certain qu'elle n'existera pas. Par exemple, si on m'a chargé de rendre à mon fils les biens qu'on m'a légués, *lorsqu'il se mariera*[3], la condition de la substitution défaillit s'il se fait prêtre; car il est certain qu'il ne se mariera pas, en étant devenu incapable par la prêtrise, et, par conséquent, que la condition n'existera plus.

Lorsqu'il y a plusieurs conditions apposées à une substitution, une condition défaillit, non-seulement lorsqu'il devient certain qu'elle n'existera pas du tout, mais lorsqu'il devient certain qu'elle n'existera pas du vivant du substitué; c'est pourquoi toutes les conditions des substitutions défaillissent, et, par conséquent, toutes les substitutions conditionnelles s'éteignent par le prédécès du substitué avant l'accomplissement de la condition ; car il devient certain, par son prédécès, que la condition qui n'est pas encore accomplie, ne s'accomplira pas de son vivant.

Lorsqu'il y a plusieurs conditions apposées à une substitution, pourvu

---

[1] La nécessité que les appelés soient descendants du grevé fait disparaître presque toutes les questions que Pothier vient d'examiner.

[2] La position du grevé, quant à ses obligations pour la conservation des biens compris dans la substitution, a beaucoup d'analogie avec celle de l'usufruitier relativement au nu-propriétaire.

[3] Ce serait un legs conditionnel, mais non pas une substitution dans le sens du Code civil. Il n'y a point charge de rendre à la mort du grevé.

qu'elles ne le soient pas par une disjonctive, la défaillance d'une seule éteint la substitution, puisque, comme nous l'avons vu en la section précédente, l'accomplissement de toutes est nécessaire pour l'ouverture.

Si elles ont été apposées par une disjonctive ; comme, en ce cas, l'accomplissement d'une seule suffit pour donner ouverture à la substitution, suivant que nous l'avons vu ci-dessus, il s'ensuit que la substitution ne peut, en ce cas, s'éteindre que par la défaillance de toutes.

§ III. *De l'extinction des substitutions dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé.*

219. Lorsque la substitution n'est que de choses mobilières et que le grevé est mort sans en faire aucun emploi ; comme, en ce cas, le droit de la substitution ne consiste que dans une simple créance que le substitué a contre le grevé, la substitution devient sans effet, lorsque le substitué devient l'unique héritier du grevé, parce qu'il fait, par là, une confusion et extinction de cette créance, dans laquelle seule consistait le droit de substitution.

Si la substitution comprend des immeubles ou autres choses qui doivent être restituées en nature, la substitution ne demeure pas sans effet, quoique le substitué soit devenu l'unique héritier du grevé ; car elle a cet effet, que le substitué, s'il ne répudie pas la substitution, ne tient pas ces immeubles de la succession du grevé, qui ne les a pas transmis, et dont le droit, dans ces immeubles, s'est résolu et éteint par son décès, qui a donné ouverture à la substitution ; mais le substitué les tient de la substitution qui, lors de son ouverture, lui en a fait passer la propriété de la personne du grevé en la sienne.

De là vient que ces immeubles qui seraient propres en sa personne, s'il les tenait de la succession du grevé, dont il a été héritier, sont des acquêts en sa personne, si l'auteur de la substitution n'était parent du substitué qu'en collatérale, ou même était étranger [1].

ART. IV. — D'une manière dont s'éteignent les substitutions, particulière aux substitutions graduelles, par l'accomplissement du nombre des degrés limités par l'ordonnance.

220. Le droit romain donnait une faculté indéterminée de faire autant de degrés de substitutions fidéicommissaires, que bon semblait, et la substitution avait son effet dans tous ces degrés [2].

L'ordonnance d'Orléans, art. 59, a limité cette faculté indéterminée, en ordonnant que, quelques degrés que contienne une substitution, elle ne puisse avoir effet que pour deux degrés, non compris l'institution ou autre première disposition.

Par exemple, si j'ai fait Pierre mon légataire universel, auquel j'ai substitué Paul, après son décès, et que j'aie substitué à Paul, après son décès, Jacques, et après son décès, Jean ; lorsque Paul, après le décès de Pierre, mon léga-

---

[1] Nous n'avons plus à nous occuper de la distinction des propres et des acquets. Le Code n'ayant point renouvelé la disposition très exorbitante de l'art. 31, tit. 2, de l'ordonnance qui permettait aux appelés de revendiquer contre les tiers acquéreurs, les biens substitués, même au cas où l'appelé était héritier pur et simple du grevé vendeur, nous pensons qu'en qualité d'héritier il serait tenu des obligations du grevé, et dès lors la substitution ne produirait plus d'effet.

[2] *V.* cependant Nov. 159, c. 2, qui paraît limiter le fidéicommis à quatre générations. *Præter modum scrupulosa nobis diligentia plenum visum est, si post quatuor demùm generationes hujusmodi quæstionem produceremus in medium.*

taire universel, aura recueilli la substitution, et rempli le premier degré, et que Jacques, après le décès de Paul, aura pareillement recueilli la substitution, et rempli le second degré, elle sera éteinte pour les autres degrés, Jacques, second substitué, possédera librement et sans charge de la substitution dont le testateur l'avait chargé envers Jean, laquelle est éteinte par l'accomplissement de la substitution dans deux degrés.

221. Comme l'ordonnance d'Orléans ne concerne que les substitutions qui seraient faites à l'avenir; celle de Moulins, intervenue depuis, a pourvu à celles qui étaient antérieures à l'ordonnance d'Orléans, et les a restreintes à quatre degrés.

La nouvelle ordonnance de 1747, a confirmé les dispositions de ces deux ordonnances, art. 30; mais elle n'a abrogé que pour l'avenir l'usage de quelques provinces qui avaient étendu les substitutions à quatre degrés. Art. 31.

Cet usage est fondé sur une mauvaise interprétation de l'ordonnance de Moulins, qu'on a appliquée indistinctement à toutes les substitutions, quoiqu'elle ne dispose que de celles qui sont antérieures à l'ordonnance d'Orléans, à laquelle elle ne déroge pas.

222. L'ordonnance de 1747 n'a pas même abrogé, pour l'avenir, l'usage de certains pays conquis où ces ordonnances ne sont point observées, et où les substitutions sont illimitées. Art. 32.

Dans cette variété de lois, on doit suivre celle de la province où les choses sujettes à la substitution sont situées; et à l'égard des choses qui n'ont pas de situation, la loi du lieu où l'auteur de la substitution avait son domicile lors de sa mort, si c'est une substitution testamentaire, ou lors de la donation, si elle est portée par une donation entre-vifs, ou par un contrat de mariage.

Les testateurs ou donateurs ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, aux ordonnances qui sont conçues en termes prohibitifs [1].

Ils n'y peuvent déroger ni directement ni indirectement; c'est pourquoi un testateur ou donateur ne peuvent pas valablement ordonner que ceux qui recueilleront leurs biens au second degré, seront tenus d'en disposer eux-mêmes au profit de la famille; car leur enjoindre cela, ce serait valablement les grever de substitution.

223. Si quelqu'un, avant l'édit de 1749, qui défend de léguer des héritages aux communautés, avait légué une terre à l'hôpital, à la charge que l'hôpital n'entrerait en la jouissance de ladite terre qu'après l'extinction de toute sa race, et que l'usufruit en appartiendrait à ses enfants, et, après leur mort, à ses petits-enfants, et ainsi successivement de degré en degré, jusqu'à l'extinction de sa race; cette disposition pourrait-elle être regardée comme contraire à l'ordonnance?— Il semble d'abord que non; car il paraît qu'il n'y a point de substitution; les enfants du premier degré ne sont pas obligés de restituer aucune chose à ceux du second; l'usufruit de ceux du premier degré s'éteint par leur mort; l'usufruit de ceux du second est un nouvel usufruit qui leur est constitué après l'extinction du premier, et ainsi des degrés suivants. Cependant, si cette disposition devait s'exécuter dans son entier, ce serait, *salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenire;* car la multiplicité de ces différents usufruits qui se succéderaient les uns aux autres, a le même inconvénient que la multiplicité des degrés de substitution que l'ordonnance a voulu retrancher. C'est pourquoi Ricard (ch. 9, sect. 1, part. 1, n° 814), décide fort bien que cette multiplicité, dont le testateur a ordonné la succession de degré en degré, doit être regardée comme une substitution graduelle d'une espèce de

[1] La loi du 17 mai 1826, modificative du Code civil, permet la substitution jusqu'au deuxième degré inclusivement, au profit d'un des enfants ou de tous les enfants du donataire ou légataire.

seigneurie utile et temporelle qu'il a réservée à sa famille dans l'héritage légué à l'hôpital, et dont l'hôpital acquiert la seigneurie directe avec le droit de réversion, lors de l'extinction entière de la famille. C'est pourquoi, lorsque l'enfant du second degré aura succédé, après la mort de celui du premier, par une espèce de premier degré de substitution, à cette seigneurie utile et temporelle, et qu'après la mort du second degré, celui du troisième degré y aura pareillement succédé par une espèce de second degré de substitution, cette seigneurie utile et temporelle sera dorénavant possédée librement, et ne passera plus que, *jure hæreditario*, aux degrés ultérieurs, jusqu'à ce qu'elle se réunisse à la propriété directe dudit hôpital, ce qui arrivera lors de l'extinction entière de la race, qui est la condition apposée à cette réversion.

224. C'était une question avant l'ordonnance, comment se devaient compter les degrés de substitution. La jurisprudence des différents parlements était différente. A Paris, on a toujours compté autant de degrés de substitution qu'il y avait de personnes qui l'avaient recueillie successivement avec effet, quoique ces personnes fussent dans un même degré de parenté. A Toulouse, au contraire, les degrés de substitution se comptaient par les degrés de parenté; et toutes les personnes d'un même degré, qui s'étaient succédé successivement les unes aux autres, étaient censées ne composer toutes ensemble qu'un seul et même degré de substitution.

Par exemple, si quelqu'un a chargé son héritier ou légataire universel, après sa mort, d'une substitution graduelle et perpétuelle envers sa famille, autant que substitution puisse s'étendre, et que ce légataire universel ou héritier ait laissé deux enfants, Pierre et Paul, qui aient recueilli les biens dans un premier degré de substitution; que Pierre étant mort le premier, sa portion ait été recueillie par Paul; suivant la jurisprudence du parlement de Paris, qui compte les degrés de substitution par personne, la portion que Pierre, premier décédé, aura recueillie, sera libre dans la personne de Paul, qui l'a recueillie après la mort de Pierre, et a fait un second degré de substitution; les parents du degré suivant ne pourront prétendre, par droit de substitution, que la portion que Paul, dernier décédé, avait recueillie de son chef après la mort de son père. Au contraire, suivant la jurisprudence du parlement de Toulouse, Pierre et Paul sont censés n'avoir composé ensemble qu'un seul degré de substitution, et les parents du degré suivant recueillent, en conséquence, par un second degré de substitution, après la mort du dernier décédé, tous les biens de la succession.

225. L'ordonnance de 1747 a confirmé la jurisprudence du parlement de Paris, art. 33 et 34, sans néanmoins déroger, pour les substitutions antérieures à l'ordonnance, aux usages des parlements qui avaient une jurisprudence contraire; il faut, à cet égard, suivre celle du lieu où les biens sont situés.

On ne compte que les degrés de substitution qui ont eu effet

Un degré de substitution a effet lorsque la personne appelée au degré, a recueilli, avec effet, les biens substitués.

Au contraire, le degré de substitution est censé n'avoir pas eu effet lorsque la personne appelée au degré n'a pas recueilli les biens substitués, soit qu'elle ait prédécédé avant l'ouverture, soit parce qu'elle a répudié la substitution depuis qu'elle a été ouverte à son profit, soit même parce qu'étant morte depuis l'ouverture, sans déclarer si elle acceptait ou non la substitution, les biens sont passés au degré suivant.

Par exemple, si un testateur a ordonné que ses biens appartiendraient, après la mort de son héritier ou légataire, à Pierre, après Pierre, à Paul, après Paul, à Jean, et que Pierre, premier substitué, soit mort avant l'héritier ou légataire universel grevé, ou bien ait survécu, mais répudié la substitution, ou soit mort sans déclarer s'il entendait accepter ou répudier; le degré dans

lequel Paul recueillera les biens substitués, quoique le second, *juxta ordinem scriptum*, sera compté pour le premier degré, parce que celui qui le précédait, dans lequel Pierre était appelé, n'a pas eu d'effet, et par conséquent Paul demeure chargé de la substitution envers Jean.

226. Au reste, pour peu que celui qui était appelé à la substitution ait déclaré et fait connaître sa volonté d'accepter la substitution, soit en s'immisçant dans les biens substitués, soit même sans s'y être immiscé par la seule demande en délivrance qu'il aurait donnée, le degré dans lequel il a été appelé est censé rempli, et doit être compté.

Cela a lieu quand même il se serait ensuite désisté de cette demande, ou de quelque autre qu'il aurait donnée contre les débiteurs des biens substitués; cela a lieu quand même il aurait laissé prescrire et périmer les demandes; car son acceptation de la substitution, qui suffit pour donner effet au degré dans lequel il est appelé, se fait *nudâ contestatione voluntatis*, et une fois faite, elle est irrévocable. Il y a plus, quand même le substitué aurait répudié la substitution, si les créanciers, en fraude desquels il a fait cette répudiation, ont été admis à recueillir, en sa place, les biens substitués, et à en jouir, en sa place, pendant sa vie; le degré dans lequel était appelé ce substitué, sera censé avoir eu effet, et devra être compté [1]. Art. 38.

227. Dans les substitutions graduelles qui résultent d'une prohibition d'aliéner, comme lorsqu'un héritage a été légué à quelqu'un à la charge qu'il ne pourrait être aliéné, et serait conservé à toujours dans la famille; si ce légataire l'a transmis, par sa mort, à son héritier, et que celui-ci l'aliène à un étranger, ceux de la famille qui auront revendiqué cet héritage par droit de substitution, à laquelle l'aliénation, qui en a été faite à un étranger, a donné ouverture, feront-ils le premier degré de substitution, ou s'ils feront seulement le second, et l'héritier qui a succédé au légataire fera-t-il le premier?

Il semble qu'ils doivent faire le premier, et que l'héritier du légataire, qui lui a succédé, ne fait pas un premier degré, puisque ce n'est pas *jure substitutionis*, mais *jure hæreditario* qu'il a succédé, n'y ayant pas eu d'ouverture à la substitution, et n'y ayant que les aliénations hors la famille qui donnent ouverture à ces sortes de substitutions. Néanmoins, Ricard décide que l'héritier du légataire forme le premier degré de substitution, parce qu'il s'est fait en sa personne une première succession des biens substitués; que, quoique cette succession se fasse *jure hæreditario*, elle se fait aussi, en quelque façon, par la volonté du testateur qui, en défendant au légataire de les aliéner hors la famille, l'a obligé, par ce moyen, à les lui conserver dans sa succession; que si on décidait autrement, il s'ensuivrait que des descendants pourraient être à la fin dans l'interdiction d'aliéner. Ce qui est contraire à l'esprit de l'ordonnance.

228. Il nous reste à observer que le premier degré de substitution n'est que le second dans la disposition, et que le premier substitué suppose une personne avant lui qui ait recueilli en premier lieu les biens substitués, et en ait joui ou dû jouir jusqu'au temps de son décès, ou de quelque autre condition qui ait donné ouverture à la substitution.

C'est ce que dit l'ordonnance, art. 30 : *Toutes substitutions ne pourront s'étendre au delà de deux degrés de substitué, outre le donataire, l'héritier institué, ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou testateur.*

229. Lorsque le testateur a grevé de substitution son héritier *ab intestat*,

[1] Ce serait très probablement entrer dans les vues du législateur de 1826, qui a voulu étendre les substitutions, que d'admettre toutes ces interprétations qui avaient été réglées par l'ordonnance de 1747.

après son décès, ou sous quelque autre condition, cet héritier, *ab intestat*, forme-t-il le premier degré de disposition, outre lequel il ne puisse y avoir que deux degrés de substitution ?—La raison de douter est que c'est par la loi et non par la disposition du testateur que cet héritier, *ab intestat*, a recueilli les biens du testateur. La raison de décider au contraire que cet héritier forme le premier degré de disposition, est que, si ce n'est pas par une disposition positive du testateur qu'il a recueilli le premier ces biens, c'est par une espèce de disposition qu'on peut appeler *négative*, en ce que le testateur, qui pouvait les lui ôter, a bien voulu les lui laisser, et même c'est en conséquence de cette disposition négative que le testateur a pu le grever de substitution. On peut donc dire que l'héritier *ab intestat*, grevé de substitution, tient le premier degré dans la disposition du testateur, outre laquelle il ne peut plus y avoir que deux degrés de substitution, et il se trouve compris dans les termes de l'ordonnance : *Ou autre qui aura recueilli le premier les biens.*

230. Au reste, l'héritier *ab intestat*, ni même l'institué, ni même le légataire, ne peuvent former ce premier degré dans la disposition, outre lequel il ne puisse plus y avoir que deux degrés de substitution, que lorsqu'ils recueilleront les biens pour en jouir, soit jusqu'à leur décès, soit jusqu'à l'événement de quelque autre condition; que s'ils sont obligés de les restituer incontinent, ils ne forment pas un premier degré; car ce n'est pas recueillir avec effet les biens substitués, que de les recueillir pour les rendre aussitôt, suivant cette maxime : *Non videtur capere qui tenetur statim restituere.* Le terme *capere* doit donc être pris dans toute l'étendue de sa signification, ou plutôt c'est comme s'il y avait *utilitatem percipere;* autrement cette disposition serait sans fondement : ce qu'il serait on ne peut plus ridicule de supposer. La raison et l'utilité sont la base des lois; et toute interprétation qui nécessiterait à supposer le contraire, serait extravagante.

231. Si donc, par exemple, quelqu'un a fait Pierre son légataire universel, à la charge de restituer incontinent une certaine terre à Jacques, que le testateur a ordonné être substituée, à perpétuité, à sa famille, tant que la substitution peut s'étendre, on ne comptera, par rapport à cette terre, ni l'héritier *ab intestat*, qui est saisi de tous les biens du testateur, ni même le légataire universel, des mains duquel le légataire particulier doit recevoir cette terre; mais ce sera le légataire particulier qui sera le premier dans la disposition, et outre lequel il pourra encore y avoir deux degrés de substitutions.

232. Observez encore que, quoiqu'un héritier ou légataire ne soit obligé de rendre les biens substitués qu'au bout d'un certain temps, ou lors d'une certaine condition; néanmoins, s'il est obligé de les rendre avec tous les fruits qu'il aura perçus, il ne forme qu'un seul et même degré avec celui à qui il doit les restituer; car il n'y a proprement de disposition qu'au profit de celui à qui cette restitution de la chose, avec tous les fruits, doit se faire; celui qui les lui doit restituer n'est qu'un simple curateur de cette disposition, et un simple administrateur.

FIN DU TRAITÉ DES SUBSTITUTIONS.

TRAITÉ

DES PROPRES.

De la division des biens en acquêts et propres.

1. L'esprit de notre droit coutumier est que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en sont venus [1]. De là est venue la distinction entre les *acquêts* et *propres*.

2. On appelle *les acquêts* les immeubles qui ne nous viennent point de famille, et que nous avons acquis nous-mêmes, soit à titre onéreux, comme par l'achat que nous en avons fait, soit à titre gratuit, comme par la donation ou legs qu'on nous en aurait fait.

Il faut pourtant en excepter ceux qui nous auraient été donnés ou légués par nos pères, mères ou autres ascendants ; car ces titres équipollent à celui des successions, et sont des *propres* et non des *acquêts*, ainsi que nous le verrons plus bas.

3. Les *propres* sont ou *réels* ou *fictifs*, *légaux* ou *conventionnels*.

Nous traiterons séparément de ces trois différentes espèces.

SECTION PREMIÈRE.

Des propres réels.

Art. Ier. — Qu'est-ce qu'un propre ? Division, et quelles choses sont susceptibles de cette qualité.

§ Ier. *Qu'est-ce qu'un propre réel ?*

4. Le terme *de propre* se prend différemment dans notre droit, selon les différentes matières. En matière de communauté de biens entre mari et femme, on appelle *propre* tout ce qui n'entre point en communauté. C'est

---

[1] L'esprit des lois nouvelles, plus démocratique que celui des lois anciennes, attache beaucoup moins d'importance à la conservation des biens dans les familles : aussi cette distinction que l'on faisait autrefois des biens en *acquêts* et *propres* n'a pas, en général, d'importance aujourd'hui.

pourquoi, les acquêts que chacun des conjoints a faits auparavant le mariage sont appelés *propres de communauté*, parce qu'ils n'y entrent pas [1].

Ce n'est point de cette espèce de propres dont nous entendons parler ici. Nous en avons déjà parlé dans notre *Traité de la Communauté*.

En matière de succession, de donation, de testament, de retrait lignager, on appelle *propres* les immeubles qui nous sont échus de la succession de quelques-uns de nos parents.

§ II. *Division des propres.*

5. On divise les *propres réels* en *naissants* et *avitins*, en *propres de côté et ligne*, et *propres sans ligne*.

6. Les *propres naissants* sont les héritages qui nous sont transmis par la succession de quelqu'un de nos parents qui les avait acquis. Par exemple, si j'ai succédé à mon père, à un héritage que mon père avait acquis, cet héritage sera en ma personne un *propre naissant paternel*.

7. Les *propres avitins* ou *anciens* sont ceux qui m'ont été transmis par la succession d'un parent à qui ils avaient été transmis pareillement par succession. Par exemple, l'héritage que j'ai eu de la succession de mon père, qui l'avait eu lui-même de la succession du sien, est un *propre avitin*.

8. Les *propres de côté et ligne* sont ceux qui sont affectés aux parents d'un seul côté. Par exemple, ceux qui me viennent de la succession de mon père ou de quelque parent paternel, sont *propres du côté paternel*, parce qu'ils sont affectés aux seuls parents de ce côté.

9. On appelle *propres sans ligne*, les propres naissants qui me viennent de la succession d'une personne qui m'était parente, tant du côté de mon père que du côté de ma mère : par exemple, de la succession de mon fils qui les avait acquis de mon frère germain. Ils sont appelés *sans ligne*, parce qu'ils ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre, à un côté qu'à l'autre, puisqu'ils procèdent d'un parent qui m'était parent de deux côtés [2].

§ III. *Quelles choses sont susceptibles de la qualité de propres?*

10. Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de la qualité de *propres*. Les meubles ne le sont pas.

La raison en est que notre droit coutumier ayant inventé la qualité de *propres* pour conserver les biens dans les familles, il n'a attaché cette qualité qu'aux biens qu'il s'est proposé d'y conserver. Or, en cela, il n'a eu en vue que les immeubles et non les meubles, tant parce que les meubles dont le commerce est trop fréquent, ne sont point de nature à être conservés ainsi, que parce que c'était dans les héritages que consistait la fortune des familles du temps de nos ancêtres, et non dans les meubles qui étaient alors très peu considérables, et qui, par cette raison sont très peu considérés dans toutes les matières du droit coutumier.

Au reste, non-seulement les héritages sont susceptibles de cette qualité, les immeubles fictifs, tels que sont les rentes et les offices, le sont aussi; car cette espèce de biens dans lesquels consiste aujourd'hui la fortune d'une grande quantité de familles, ayant été mise par cette raison au rang des immeubles, c'était une conséquence de leur attribuer toutes les qualités dont les immeubles sont susceptibles.

---

[1] Cette distinction a encore lieu en matière de communauté entre époux.

[2] L'article 732 du Code civil nous dispense aujourd'hui de toutes ces recherches sur l'origine des biens. Art. 732 : « La loi ne considère ni « la nature, ni l'origine des biens pour « en régler la succession. »

ART. II. — Quel genre de successions fait des propres.

11. Toute succession de nos parents fait des propres, soit que ce soit une succession en ligne directe, ascendante ou descendante, soit qu'elle soit en collatérale.

Renusson (*Traité des Propres*, ch. 1, sect. 5, n° 5), en excepte mal à propos les héritages que nous avons donnés à l'enfant auquel nous succédons, parce que, dit-il, ces héritages retournent plutôt *jure reversionis quàm jure hæreditario*. En cela il se trompe. Le droit de réversion n'a lieu que dans le pays de droit écrit, où il ne peut y avoir lieu à la question , n'y ayant point de propres en pays de droit écrit. Quant aux pays coutumiers, il est faux que les héritages donnés par les ascendants leur retournent à la mort de leur enfant *jure reversionis*, ce droit étant fondé sur des principes inconnus dans le droit coutumier. C'est vraiment à titre de succession qu'ils leur retournent. Les termes de la coutume sont formels ; car, après avoir dit que *propre ne remonte aux père, mère ou autres ascendants*, art. 314 ; elle ajoute en l'article suivant : *Toutefois, succèdent les choses par eux données*[1]. C'est donc vraiment à titre de succession que les ascendants succèdent à leurs enfants aux héritages qu'ils leur ont donnés, et par conséquent ces héritages leur sont propres, puisque c'est une règle générale que tout ce qui nous advient à titre de succession de nos parents nous est propre.

12. Il en est autrement de la succession de l'un des deux conjoints par mariage auquel le survivant succède à défaut de parents, suivant l'édit, *Undè vir et uxor*, que nous avons adopté en France. Les héritages qui lui sont échus par cette succession ne sont point des propres ; car il n'y a de propres que les immeubles qui nous viennent de la succession de nos parents.

Que si quelques coutumes ont défini les *propres* les héritages que nous possédons à titre successif, sans ajouter *de nos parents*, c'est que les successions se font à titre de parenté, et que, selon la coutume des jurisconsultes, les définitions ne se font que sur ce qui est ordinaire.

Mais pourquoi les successions *undè vir et uxor* ne feraient-elles pas des propres aussi bien que les autres successions ? La raison en est évidente ; la loi ne donne la qualité de propres aux héritages qui nous viennent de succession, que pour que nous les conservions aux côté et ligne de notre famille d'où ils nous sont venus ; or, cette raison ne se rencontre plus dans cette succession ; c'est un étranger qui succède à défaut de parents du défunt. Il n'y a plus par conséquent de famille du côté d'où l'héritage est venu, à qui il puisse être conservé ; et par conséquent, en vain lui donnerait-on la qualité de propre. Renusson (*ibid.* n° 17), qui soutient contre notre sentiment que cet héritage est propre, convient qu'il n'est pas *propre de succession*, par la raison que nous venons de dire ; mais il prétend qu'il est *propre de disposition*. Cet auteur n'a pas réfléchi, lorsqu'il a écrit cela ; car un héritage n'est propre de disposition, qu'en faveur de nos héritiers de la famille, dont il nous est venu ; les portions dont les coutumes défendent de disposer, sont appelées *réserves coutumières*, parce que les coutumes les réservent aux héritiers de la famille. N'y ayant dans notre

---

[1] L'art. 747, C. civ., qui reproduit cette disposition, emploie la même expression : *succèdent*.

Art. 747 : « Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, « aux choses par eux données à leurs « enfants ou descendants décédés sans « postérité, lorsque les objets donnés « se retrouvent en nature dans la succession.—Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix « qui peut en être dû. Ils succèdent « aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. »

espèce aucuns héritiers de la famille, ces héritages ne peuvent pas plus être propres de disposition que de succession.

13. Nous disons que l'héritage auquel j'ai succédé à ma femme, suivant l'édit *undè vir et uxor*, ne peut être considéré comme propre, parce qu'il ne reste plus personne de la famille de ma femme en faveur de qui la qualité de propre puisse être considérée. En serait-il de même si j'avais succédé à ma femme en conséquence de la renonciation que ses parents auraient faite à sa succession ?—Je réponds que ce serait la même chose; car ces parents de ma femme qui restent, m'étant absolument étrangers, ne peuvent être mes héritiers à cet héritage qui m'est venu de ma femme. La succession d'un propre est déférée aux parents du défunt de la famille d'où lui est venu ce propre préférablement à tous ses autres parents, quoique plus proches ; mais elle ne peut être déférée à des personnes qui ne sont point en tout parents du défunt. Mais, dira-t-on, ne peut-il pas se faire que ces parents de ma femme soient aussi les miens ? Oui, mais ce ne peut être que par une parenté différente de celle dont ils touchaient ma femme ; car, puisque je n'étais pas parent de ma femme, ne lui ayant succédé que par l'édit *undè vir et uxor*, ils ne peuvent pas m'être parents par la même parenté dont ils touchaient ma femme. Cela présupposé, il est évident qu'ils ne peuvent prétendre succéder comme à un propre à l'héritage qui m'est venu de la succession de ma femme. Ils ne peuvent, en vertu de la parenté dont ils me touchent, y succéder que comme à un acquêt, puisque, par cette parenté, ils ne touchent point ma femme de qui l'héritage m'est venu. Ils ne peuvent y succéder du tout en vertu de la parenté dont ils touchent ma femme, puisque cette parenté ne les rend point mes parents.

14. Si la succession *undè vir et uxor* ne fait que des acquêts, parce que cette succession n'advient pas à titre de parenté, à plus forte raison la succession à titre de déshérence ne fait-elle que des acquêts. Cette succession n'est pas même une vraie succession. Le seigneur qui succède par déshérence, ne succède point *in jus defuncti*, mais *in bona vacantia*, par ce droit qu'ont les seigneurs de justice de s'approprier les choses qui se trouvent dans le territoire de leur justice n'avoir point de maître.

Cela pourrait peut-être souffrir quelque difficulté, lorsque le seigneur de la justice, qui succède par déshérence, est en même temps seigneur de fief. On pourrait peut-être dire que l'héritage qui lui arrive par déshérence, se réunissant et consolidant au fief ou à la censive dont il relevait, doit en suivre la qualité, et être propre, si ce fief ou cette censive était un propre de ce seigneur ; mais nous verrons, art. 4, que cette union civile ne se faisant que quant à la féodalité, n'empêche pas que le corps d'héritage acquis par le seigneur, ne soit un héritage distinct et séparé de celui d'où il relevait auparavant, et qu'il ne puisse avoir la qualité d'acquêt, quoique l'autre ait celle de propre.

ART. III. — Quels titres équipollent à celui des successions.

§ Ier. *Des donations faites par nos ascendants.*

15. Les donations et les legs qui nous sont faits par nos père et mère ou autres ascendants, sont des titres équipollents au titre de succession, et qui donnent la qualité de propres aux immeubles donnés ou légués, de la même manière que si le donataire les tenait de la succession du donateur. La raison de cette jurisprudence, qui est certaine, est que, selon la loi naturelle, les ascendants doivent leur succession à leurs descendants. C'est pourquoi, lorsqu'ils leur ont fait des donations entre-vifs, ou legs, ces donations ou ces legs sont considérés comme un acquittement de cette obligation naturelle qu'ils

ont contractée de leur laisser leur succession, et par conséquent ces donations sont censées des successions anticipées, et les legs sont censés faits pour tenir lieu de la succession qui était due à ces enfants : d'où il suit que ces donations et ces legs sont en quelque façon des titres de succession.

16. La raison pour laquelle les immeubles qui nous adviennent à titre de succession nous sont propres, est qu'ils nous adviennent *jure sanguinis*, *jure familiæ*; or, cette raison se rencontre également dans ce qui nous advient de nos ascendants par donation ou legs ; car notre qualité d'enfants est le plus puissant de tous les motifs qui aient pu porter nos ascendants à nous les faire. C'est donc en cette qualité d'enfants, *jure sanguinis* , *jure familiæ* , que nous tenons ce qui nous a été ainsi donné. Et par conséquent ce qui nous a été ainsi donné, mérite également la qualité de propre, comme si nous le tenions à titre de succession.

17. Ce qui nous a été donné par nos ascendants nous est propre, non-seulement dans le cas où nous accepterions par la suite leur succession, mais encore dans le cas où nous y renoncerions ; car ce qui nous a été donné nous en tient lieu.

18. Il y a plus : ce qui nous a été donné par nos ascendants nous est propre, quand même nous ne serions pas leurs héritiers présomptifs. Par exemple, ce qu'un aïeul donne aux enfants de son fils leur est-il propre ?—La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que j'aie ces choses en avancement d'une succession, ou pour me tenir lieu d'une succession à laquelle je ne suis point appelé. La raison de décider est que le vœu de la nature étant que nos biens passent à toute notre postérité, il est vrai de dire que la succession des biens de cet aïeul, non pas à la vérité immédiate, mais médiate, est due à ses petits-enfants, qui, selon le cours ordinaire et le vœu de la nature, doivent un jour lui succéder, quoique par le canal de leur père qui les précède. Lors donc que leur aïeul leur donne ces biens, il ne fait qu'accélérer le temps auquel ils doivent un jour y succéder ; il ne fait que sauter par-dessus le canal par lequel ils doivent un jour leur passer ; et par conséquent, il est vrai de dire, même en ce cas, que la donation faite à ces petits-enfants est une succession anticipée, qui doit donner la qualité de propres aux immeubles qui leur parviennent à ce titre.

19. Il y a des coutumes où le fils aîné est seul héritier. Ce qui est donné dans ces coutumes aux puînés leur est-il propre ?—La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que la donation qui leur est faite soit en avancement de succession, puisque, dans ces coutumes, ils ne sont pas habiles à succéder à ces biens, ni immédiatement, ni même médiatement. Sur ces raisons, il a été jugé, par un arrêt rapporté par Bouguier, qu'une donation faite à un enfant puîné, dans la coutume de Ponthieu, n'avait fait que des acquêts. La raison de décider au contraire qu'une telle donation fait des propres, est que si les puînés ne sont pas capables, dans ces coutumes, du titre civil d'héritiers qui est réservé au seul fils aîné, ils sont au moins capables d'une espèce de succession naturelle d'une portion des biens de leur père ; les donations qui leur sont faites, sont censées faites en avancement et en acquit de cette succession naturelle, ce qui suffit pour que ce qui leur revient à ce titre soit propre. Les coutumes d'Anjou et du Maine, art. 250 et 268, en ont des dispositions formelles.

20. Pour qu'un immeuble soit censé nous être advenu par donation de nos ascendants, et en conséquence soit propre, il faut que ce soit l'immeuble lui-même qui nous ait été donné. C'est pourquoi si mon père acquiert en mon nom un héritage, et qu'il le paie de ses deniers avec déclaration expresse qu'il n'entend point répéter contre moi l'héritage, il sera acquêt et non propre ; car cet héritage ne m'a point été donné par mon père à qui il n'a jamais appartenu ; il ne m'a donné que les deniers pour acquérir la chose, et

non la chose même. Je tiens l'héritage non de lui, mais de l'étranger qui l'a vendu.

21. Si mon père a acquis un héritage en mon nom, et qu'ensuite il m'en fasse donation, cet héritage sera-t-il propre? — Renusson (ch. 1, sect. 6, n° 5) décide indistinctement que oui, et rapporte un arrêt (du 15 juin 1673). Je pense qu'il faut ainsi distinguer : Si je n'avais point accepté l'acquisition que mon père en a faite en mon nom, ou même que j'eusse refusé expressément de la ratifier, comme en ce cas cette acquisition reste pour le compte de mon père, la donation que mon père m'en a faite depuis est valable. C'est en vertu de cette donation que je deviens propriétaire de cet héritage, et par conséquent il m'est propre. C'est apparemment dans cette espèce que l'arrêt cité par Renusson a été rendu ; mais si j'avais ratifié l'acquisition qui en a été faite en mon nom, ayant par cette ratification acquis la propriété de cet héritage, la donation que mon père m'en ferait par la suite ne serait pas valable, puis qu'on ne peut pas valablement donner à quelqu'un ce qui lui appartient déjà. Cet héritage, en ce cas, ne m'appartiendrait donc point en vertu de la donation qui m'en aurait été faite par mon père, mais en vertu de l'acquisition qui en aurait été faite en mon nom, et par conséquent il sera acquêt.

Quid, si je ne m'étais point expliqué, « si j'agréais ou non cette acquisition faite en mon nom? » En ce cas, la donation que j'accepterais supposerait en moi la volonté de ne pas acquérir la chose en vertu de l'achat que mon père en aurait fait en mon nom, et dans mon père celle de prendre à mon refus cet achat pour son compte : en conséquence j'aurais cet héritage en vertu de cette donation, et il me serait propre.

22. Ne supposons plus que mon père, qui a acquis cet héritage en mon nom, me l'ait donné depuis ; mais supposons qu'il est mort avant que je me sois expliqué. Si je ratifiais cette acquisition, cet héritage sera-t-il censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, ou à titre de succession de mon père duquel je suppose encore que j'aie été seul héritier?— Il me paraît qu'il faut faire cette distinction. Si mon père, lorsqu'il a fait cette acquisition en mon nom, avait qualité pour la faire, comme s'il était mon tuteur ; en ce cas, ce qu'il acquiert en mon nom m'étant acquis de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'acceptation, comme si je l'avais acquis moi-même, le fait du tuteur étant à cet égard le fait du mineur, cet héritage sera censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, et non à titre de succession de mon père, et par conséquent me sera acquêt. Que si mon père a fait cette acquisition en mon nom, sans avoir aucune qualité, et comme un simple *negotiorum gestor,* comme en ce cas je ne peux acquérir la propriété de cet héritage, ainsi acquis en mon nom, que par la ratification que je ferais de cette acquisition, étant devenu héritier de mon père, avant d'avoir fait cette ratification ; et par conséquent avant d'avoir acquis cet héritage, je le trouve en la succession, et je suis censé par conséquent l'avoir à titre de succession.

23. Venons actuellement au cas où j'aurais partagé avec d'autres cohéritiers, la succession de mon père ; en ce cas le partage fera connaître si j'ai cet héritage en vertu de l'acquisition qui en a été faite en mon nom ou à titre de succession de mon père ; car, si cet héritage n'a point été employé dans la masse des biens de mon père, et qu'on y ait seulement employé le prix que mon père a fourni pour cette acquisition, je serai censé avoir cet héritage en vertu de cette acquisition que mon père en aurait faite comme un simple *negotiorum gestor,* quand je ne l'aurais pas ratifié de son vivant ; la ratification que j'en fais depuis sa mort, en empêchant que cet héritage ne soit compris en la masse de ses biens, a un effet rétroactif au temps de l'acquisition, et empêche que cet héritage soit censé dépendre de la succession de mon père.

Que si, au contraire, cet héritage a été mis dans la masse de la succession de mon père, et qu'il soit échu dans mon lot de partage, en ce cas je l'aurai à

titre de succession, nonobstant l'acquisition qui en a été faite en mon nom; car un héritage acquis par mon tuteur en mon nom, est bien censé m'appartenir, tant que je ne réfute pas l'acquisition; mais, lorsque je la réfute, et que l'on acquiesce à ma réfutation, il est censé ne m'avoir jamais appartenu; or, la masse de mon père, dans laquelle mes frères et moi l'avons comprise, suppose en moi la volonté de réfuter cette acquisition, et dans mes cohéritiers celle d'acquiescer à ma réfutation, et de laisser l'acquisition pour le compte de la succession de mon père.

24. Ce qui nous est donné par nos ascendants nous est propre; mais il en est autrement des immeubles que nous acquérons d'eux à titre de commerce. Il n'est pas douteux que ce que mon père me vend, ou me donne en paiement de ce qu'il me doit, m'est acquêt comme si je l'acquérais d'un étranger[1].

25. Cela a lieu, quand même mon titre d'acquisition serait qualifié de *donation;* car, si mon père me donne en récompense des services que je lui ai rendus qui sont appréciables à prix d'argent, et qui égalent la valeur de l'héritage, une telle donation n'étant donation que *nomine tenus*, et étant *in rei veritate* une vraie vente, l'héritage que j'acquiers de mon père à ce titre m'est acquêt.

Quid, si les services ou les charges n'égalaient pas la valeur de l'héritage? Je pense qu'en ce cas l'héritage serait acquêt, seulement jusqu'à concurrence des services ou des charges, et que l'héritage étant censé donné pour le surplus, serait propre pour le surplus.

26. Il en serait autrement si mon père m'avait vendu cet héritage au-dessous de sa valeur, l'héritage me serait entièrement acquêt. La raison de différence est que, dans l'espèce précédente, l'intention de mon père est de me faire une donation de l'héritage pour ce qu'il excède la valeur des services qu'il m'a payés, ou des charges qu'il m'impose; que l'acte est une donation pour cet excédent: mais, dans l'espèce présente, il n'a d'autre intention que de me faire une vente, à vil prix à la vérité, mais une vente, quoiqu'elle soit faite à vil prix, n'est pas pour cela autre chose qu'une vente, n'étant pas de l'essence de la vente que le prix soit précisément le juste prix de la chose vendue. Le contrat étant donc une pure vente, l'héritage que j'acquiers à ce titre ne peut être autre chose qu'acquêt.

Il est vrai que si j'avais des cohéritiers venant avec moi à la succession de mon père, ils pourraient attaquer cette vente qui m'a été faite à vil prix, et la faire déclarer avantage indirect et donation simulée faite sous le nom de *vente;* mais il n'y a qu'eux qui soient recevables à cela; c'est pourquoi si je n'ai point de cohéritiers, ou qu'ils ne se soient pas plaints, cette vente qui m'a été faite subsistant, l'héritage que j'ai acquis à ce titre ne peut passer que pour un acquêt en ma personne.

27. Lorsque nous disons qu'une donation est censée *vente*, et faite des acquêts jusqu'à concurrence des charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées par la donation, nous entendons parler des charges extrinsèques aux choses données. A l'égard des charges qui sont charges de la chose même, une donation, pour être faite à ces charges, n'en est pas pour cela réputée onéreuse, c'est seulement donner les choses telles qu'elles sont.

---

[1] L'art. 1406 du Code civil, qui règle aujourd'hui les effets de la communauté, contient un principe différent.

Art. 1406: « L'immeuble abandonné « ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit « pour le remplir de ce qu'il lui doit, « soit à la charge de payer les dettes « du donateur à des étrangers, n'entre « point en communauté; sauf récom- « pense ou indemnité. »

28. Suivant ces principes, si mon père m'a donné un héritage à la charge d'une rente foncière dont il est chargé, quelque forte que soit cette rente, la donation n'est point pour cela censée *onéreuse*[1]. C'est une pure donation qui m'est faite de cet héritage, lequel me sera propre en entier.

29. Par la même raison, si mon père me fait donation de ses biens *à la charge de payer ses dettes,* quand même ces dettes égaleraient l'actif, cette donation n'est point réputée *onéreuse*, et les biens que j'aurai à ce titre me seront propres, parce que la charge des dettes est une charge de la chose qui m'est donnée, les biens renfermant en soi la charge des dettes.

Il en serait autrement, si mon père m'avait donné la moitié de ses biens à la charge de payer le total de ses dettes, la moitié des biens qui m'est donnée n'étant par elle-même chargée que de la moitié des dettes, l'autre moitié dont on me charge étant extrinsèque à la chose donnée, rend la donation onéreuse jusqu'à la concurrence de cette autre moitié des dettes; et, par conséquent, les biens compris dans cette donation me seront acquêts, jusqu'à cette concurrence.

Que, s'il m'avait donné des corps certains, par exemple, une certaine terre, à la charge de payer ses dettes, quand même cette terre ferait la portion la plus considérable de ses biens, la charge des dettes n'étant pas charge des corps certains, cette charge des dettes est entièrement extrinsèque à la chose donnée, et par conséquent rend la donation onéreuse, jusqu'à la concurrence de la quantité de toutes les dettes dont on m'a chargé.

30. Lorsqu'un père donne à son fils un héritage à la place d'une somme d'argent qu'il lui avait promise en dot, il semble que ce soit une donation en paiement, et par conséquent un titre équipollent à vente qui doit faire un acquêt, *nam dare in solutum est vendere.* Mais la disposition de l'article 126 de la coutume de Paris, formée sur la jurisprudence qui avait dès lors prévalu, en décidant qu'il n'est point dû de profit en ce cas, nous insinue assez ouvertement que cet acte ne doit point être regardé comme une vente, mais comme un acte par lequel l'héritage est substitué à la place de la somme d'argent que le père avait d'abord entendu donner, et qu'ainsi cet héritage doit être censé advenir à l'enfant à titre de donation, et par conséquent être propre[2].

Que si mon père m'a donné en dot 10,000 livres dont il me constitue une rente de 500 livres au capital de 10,000 liv., cette rente est certainement un acquêt, puisqu'elle n'a commencé à exister qu'en ma personne.

§ II. *Si la donation faite aux héritiers présomptifs en ligne ascendante ou collatérale fait des propres.*

31. Les coutumes ont différentes dispositions sur cette question. Celles d'Anjou et du Maine disent en général que le don d'héritages fait à l'héritier présomptif, est réputé en avancement de succession, et non pas acquêt.

32. Les coutumes de Paris, art. 246, et d'Orléans, art. 21, décident assez

---

[1] Sous l'ancienne législation la rente foncière était une charge de l'immeuble; aujourd'hui c'est la personne qui est débitrice, alors même que l'immeuble serait affecté, même par privilége, à la sûreté du paiement.

[2] Cependant sous le régime dotal, cet immeuble ne serait point en ce cas dotal. (Art. 1553, du Code civil.)

Art. 1553 : « L'immeuble acquis des « deniers dotaux n'est pas dotal, si la « condition de l'emploi n'a été stipulée « par le contrat de mariage.—Il en est « de même de l'immeuble donné en « paiement de la dot constituée en ar- « gent. »

ouvertement le contraire. Ces coutumes font entrer en communauté tout ce qui est donné à l'un des conjoints pendant le mariage fors en ligne directe ; d'où il suit que, puisqu'elles n'exceptent que la ligne directe, tout ce qui advient à titre de donation en ligne collatérale, sans distinguer si le donataire est ou n'est pas héritier présomptif du donateur, est acquêt, puisqu'il n'y a que les acquêts qui tombent en communauté.

33. Que doit-on décider dans les coutumes qui n'ont à ce sujet aucune disposition ?—La jurisprudence est aujourd'hui constante, que la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale ne fait que des acquêts. La raison en est qu'il n'y a d'obligation naturelle de laisser ses biens qu'à ses enfants. Nous ne les devons point à nos collatéraux ; les donations que nous leur faisons ne peuvent donc point être regardées comme l'acquittement anticipé de la dette de notre succession ; ce sont de pures donations qui ne font par conséquent que des acquêts, suivant la maxime : *Il n'est si bel acquêt que don*[1].

Cela a lieu quand même le contrat de donation porterait expressément « qu'elle est faite à cet héritier présomptif en avancement de succession ; » car étant impossible *per rerum naturam* d'avancer le paiement de ce qu'on ne doit pas, il est impossible qu'une telle donation soit en avancement de succession, et les termes dont on s'est servi dans l'acte ne peuvent pas lui donner une qualité qu'elle ne peut avoir.

Quid, de la clause « que l'héritage donné sera propre au donataire, comme il l'aurait été s'il y eût succédé ? » *V.* cette question, *in fine,* sect. 3.

34. Les raisons que nous venons de rapporter paraissent concluantes, pour décider que la donation que je fais de mes acquêts à mon héritier présomptif en collatérale ne peut être regardée comme un avancement de ma succession ; qu'effectivement nous ne devons en aucune manière nos acquêts à nos collatéraux. Mais a-t-on eu raison de décider la même chose à l'égard de la donation que je fais de mes propres à mon héritier présomptif en collatérale ? car ne peut-on pas dire que, suivant l'esprit de notre droit coutumier, nous devons la succession de nos propres à nos parents de la famille d'où ils procèdent ; que c'est sur ce fondement que les coutumes ont établi les légitimes coutumières ; qu'ainsi il semble que la donation que nous faisons à notre héritier présomptif des propres, peut fort bien passer pour un avancement de succession, et que les héritages ainsi donnés doivent leur être propres ?

Ces raisons sont spécieuses. Néanmoins, je pense que la jurisprudence a fort bien décidé que la donation que nous faisons, même de nos propres, à notre héritier présomptif, même en ligne collatérale, n'est point en avancement de succession. Il y a une grande différence entre la dette naturelle de nos biens envers nos enfants, et les légitimes coutumières qui sont dues par la loi municipale à l'héritier aux propres. Nous devons nos biens à nos enfants par la seule qualité qu'ils ont d'être nos enfants, et nous les leur devons dès notre vivant, quoique la dette ne soit exigible qu'après notre mort, en telle sorte que nous ne pouvons, sans manquer aux devoirs naturels, les en frustrer, en les dissipant de *notre vivant*[2]. Les donations que nous leur faisons dès notre vivant, sont donc vraiment un paiement avancé et anticipé, et par conséquent une succession anticipée.

Il n'en est pas de même de la légitime coutumière ; elle est due à l'héritier en sa seule qualité d'héritier ; et comme on ne peut avoir cette qualité d'héritier qu'après la mort de celui auquel on succède, on ne peut pas dire, comme

---

[1] Cet adage pourrait bien avoir un autre sens que celui que lui donne ici Pothier.

[2] Pothier nous paraît un peu trop exagérer cette prétendue dette au profit des descendants qu'il considère comme créanciers du montant de la succession des ascendants.

dans l'espèce précédente, que lorsque nous donnons nos héritages propres à notre parent collatéral, quoique le plus proche habile à nous succéder, ce soit donation, ce soit un paiement anticipé d'un bien qui lui fût dû, quoique l'échéance de la dette ne fût pas encore advenue ; car la réserve coutumière dans les propres n'étant point due à raison de la qualité de parent, ni même de plus proche parent, mais à raison de la seule qualité d'héritier, qualité que ce donataire n'a pas, puisque l'on ne peut avoir la qualité de mon héritier qu'après ma mort, qualité qu'il est même incertain s'il l'aura jamais, on ne peut pas dire que les propres que je lui donne soient quelque chose que je lui dusse, et dont je ne fais qu'anticiper le paiement : une telle donation ne peut donc passer, comme dans la précédente espèce, pour un acquittement anticipé de ma succession, pour une succession anticipée ; mais c'est une pure donation qui ne fait que des acquêts.

35. Les héritages donnés par les descendants aux ascendants sont-ils propres dans la coutume de Paris ? Renusson (ch. 1 sect. 7), pense qu'ils le sont, lorsque les héritages, qui leur sont donnés, sont des héritages dont ils étaient les héritiers présomptifs. Comment peut-il concilier ce sentiment avec celui embrassé, touchant la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale, qu'il convient ne faire que des acquêts ? Nous ne devons pas plus la succession de nos biens à nos ascendants qu'à nos collatéraux, et, par conséquent, la donation que nous leur faisons de nos biens ne peut pas plus être regardée comme une succession anticipée, que celle faite à nos collatéraux. Il y a plus, la succession des ascendants n'arrivant que contre l'ordre et le vœu de la nature, *turbato mortalitatis ordine*, on ne peut pas regarder les donations faites aux ascendants par leurs descendants, comme l'avancement d'une succession qu'il est contre l'ordre et le vœu de la nature d'attendre.

§ III. *Quand le titre de substitution fait-il des propres ?*

36. La *substitution fidéicommissaire* est une disposition testamentaire qu'un testateur fait de ses biens, ou de choses particulières, au profit de quelqu'un, non directement, mais par le canal de son héritier, ou d'un premier légataire que le testateur charge de les lui restituer.

Il résulte de cette notion que le substitué tient du testateur les choses comprises en la substitution, et non de la personne grevée de les lui restituer, le titre auquel ces choses adviennent au substitué, est la donation testamentaire qui en est faite à son profit par le *testateur* [1]. De là il suit que les héritages échus, en vertu d'une substitution, seront propres au substitué, si le substitué est un des descendants du testateur, parce qu'en ce cas, la substitution est une donation testamentaire faite en directe, laquelle fait des propres. Que si au contraire ce substitué n'est qu'un parent collatéral du testateur, il semble que les héritages qu'il recueillera, seront des acquêts, quand même le substitué serait l'héritier présomptif, ou même l'enfant du grevé de substitution ; car il ne tient pas ces biens de la succession du grevé, dont la mort a fait ouverture à la substitution, il les tient du testateur dont il n'est que parent collatéral. La substitution qui est son titre, est une donation testamentaire en collatérale, qui ne peut faire que des acquêts.

Nonobstant cette raison qui me paraît décisive, Renusson (ch. 1, sect. 8, n° 17) pense que, si le testateur, en appelant à la substitution la famille du grevé, a suivi l'ordre des successions, l'héritage sera propre à ceux qui recueilleront la substitution. Ses raisons sont que la substitution étant faite dans la vue d'assurer davantage à la famille les héritages substitués, elle ne doit pas avoir un effet con-

[1] Il en est ainsi dans le cas des substitutions qui ne sont permises que par exception.

traire à cette vue, qu'elle aurait néanmoins, si elle donnait à ces héritages, en la personne des substitués, la qualité d'acquêts au lieu de celle de propres, qu'ils auraient eue s'il n'y avait point eu de substitution, et que les héritiers y eussent succédé au grevé à titre de succession ; d'ailleurs que ces substitutions n'étant point faites par aucune considération personnelle des substitués, qui n'étant point encore nés, n'avaient pu mériter celle des testateurs, mais étant pour la considération générale de la famille, les substitués qui recueilleraient ces biens en vertu de la substitution, ne recueilleraient pas tant *merito suo*, ce qui fait le caractère des acquêts, que *jure sanguinis et familiæ*, ce qui fait celui des propres. Renusson rapporte deux arrêts (des 7 mai 1640 et 4 janvier 1657) pour ce sentiment.

37. Lorsque le substitué est héritier du grevé, dont la mort donne ouverture à la substitution, il n'est pas douteux que l'héritage compris en la substitution lui est propre pour la portion dont il est héritier, puisqu'il a cette portion *jure hæreditario*, à titre d'héritier du grevé dans la succession duquel l'héritage s'est trouvé, et que le droit de créance qu'il avait en vertu de la substitution contre la succession s'est confus pour cette portion par son addition d'hérédité.

38. Doit-on dire la même chose, s'il n'était qu'héritier sous bénéfice d'inventaire ?—La raison de douter est, que l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne confond pas les créances qu'il a contre la succession. La raison de décider est, qu'encore que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion du droit de créance qu'il a contre la succession pour raison des choses substituées à son profit, il n'en est pas moins vrai de dire que ces choses s'étant trouvées dans la succession du grevé, il en a été saisi comme héritier pour la part dont il est héritier, et ayant acquis à ce titre d'héritier la propriété de cette part, elle lui est propre. La créance qu'il a de cette chose contre la succession, et dont le bénéfice d'inventaire empêche la confusion, lui donne droit de retenir cette chose, il l'a en vertu de son droit de substitution ; mais on ne peut pas dire qu'il l'acquiert en vertu de ce droit, puisqu'il l'avait acquise à titre d'héritier, par la règle, *le mort saisit le vif*, et que nous ne pouvons acquérir ce qui est déjà à nous, *quod meum est meum ampliùs fieri non potest, nec ut ex pluribus causis res mihi deberi potest, ita ex pluribus causis mea esse potest.*

39. Si le grevé de substitution avait aliéné l'héritage compris en la substitution, et que l'héritier du substitué, suivant le droit introduit par la nouvelle ordonnance de substitution, tit. 1, art. 31, se le fût fait délaisser par le tiers détenteur, en ce cas, il n'est pas douteux que l'héritage sera acquêt pour le total ; car ne s'étant point trouvé dans la succession du grevé qui l'avait aliéné de son vivant, on ne peut pas dire que le substitué l'ait à titre de succession de ce grevé ; il ne peut en ce cas l'avoir qu'en vertu du seul titre de la substitution, laquelle étant, comme on le suppose, faite au profit du collatéral, étant une donation en collatérale, ne peut faire que des acquêts.

§ IV. *Si la remise de la confiscation fait des propres ou des acquêts ?*

40. Lorsque la remise de la confiscation est faite à la personne même du condamné par des lettres d'abolition qu'il obtient du roi, il n'y a pas de difficulté que les héritages lui retournent avec la qualité de propres qu'ils avaient avant la confiscation ; car les lettres d'abolition ayant détruit et réduit *ad non actum* la sentence de condamnation qui avait opéré la confiscation, ces lettres ont plutôt fait cesser la cause en vertu de laquelle le condamné avait perdu ses biens, qu'elles n'ont formé un nouveau titre d'acquisition. Le condamné recouvre ses biens plutôt qu'il ne les acquiert de nouveau. Ces lettres n'étant donc point un nouveau titre d'acquisition, et ne pouvant donner à ces biens une nouvelle qualité d'acquêts, puisqu'ils retournent au condamné plutôt qu'il ne les acquiert, ils retournent avec les mêmes qualités avec lesquelles il les

possédait avant la confiscation, et par conséquent avec la qualité de propres, s'ils avaient cette qualité. Dargentré avait fait une distinction entre les *lettres d'abolition* qu'il appelle *de justice*, pour des cas de leur nature graciables, et celles qu'il appelle de *pure grâce*, qui n'a point été suivie.

41. Lorsque le roi remet la confiscation aux plus proches parents du condamné, on a agité la question, si ces biens devaient être regardés comme des propres ou acquêts. Quelques anciens arrêts les ont décidés propres, sur le fondement que la remise de confiscation était comme une permission que le roi accordait que les parents succédassent à ces biens, et qu'ainsi les parents dans ce cas étaient censés tenir ces biens à titre successif, et par conséquent comme propres. Ce raisonnement n'était pas juste ; car le don que le roi fait aux parents des biens confisqués, laisse subsister la sentence rendue contre le condamné, ne lui rend pas la vie civile qu'il a perdue par la condamnation ; et comme le droit de succession passive est un droit attaché à l'état civil qui ne lui est pas rendu, on ne peut supposer que ses parents, à qui le roi fait don de la confiscation, aient succédé à ses biens ; ils les tiennent donc à titre de don du roi, lequel titre fait des acquêts. Par ces raisons, la jurisprudence les juge acquêts.

ART. IV. — Quelles choses sommes-nous censé tenir à titre de succession, et par conséquent comme propres ?

42. Nous possédons comme *propres*, les immeubles auxquels nous avons succédé, non-seulement lorsque nous avons toujours continué de les posséder à ce titre, mais même lorsqu'après avoir cessé de les posséder, nous les avons recouvrés plutôt par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite, que par un nouveau titre d'acquisition.

Nous possédons *à titre successif* et comme *propres*, non-seulement les immeubles auxquels nous avons succédé immédiatement, mais encore ceux qui nous sont advenus depuis la succession en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.

Nous possédons comme *propre* tout ce qui, depuis que nous avons succédé à un propre, est uni, incorporé, et fait partie de notre propre.

Nous possédons comme *propre* tout ce qui nous reste d'un propre, et tous les droits que nous avons retenus dans ce propre, ou par rapport à ce propre, en l'aliénant.

§ Ier. *Des choses dans lesquelles nous rentrons par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite.*

43. Lorsque nous devenons propriétaires d'une chose après avoir cessé de l'être, il faut bien examiner si nous en redevenons propriétaires en vertu d'un nouveau titre d'acquisition que nous en faisons, ou seulement par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite [1].

Au premier cas, on ne considère plus l'ancien titre, mais celui auquel nous l'avons acquis de nouveau. Par exemple, si j'ai vendu mon héritage, qui m'était échu par succession, et que celui à qui je l'ai vendu ou ses successeurs me le revendent, ou m'en fassent donation, on ne considère plus le titre de succession auquel je l'ai eu d'abord, parce que ce n'est plus en vertu de ce titre que j'ai cet héritage, mais en vertu de la vente ou de la donation qui m'en a été faite ; et comme les titres de vente et de donation font des acquêts, il

[1] Cette distinction est encore fort importante pour discerner les acquêts des propres de communauté, ainsi que pour l'application de l'art. 747, C. civ. (*V.* p. 539, note 1), concernant le droit de retour au profit des ascendants.

n'est pas douteux que cet héritage, qui m'avait d'abord été propre, ne me sera plus qu'acquêt.

Au second cas, lorsque je redeviens propriétaire, non par un nouveau titre d'acquisition, mais par la seule résolution de l'aliénation que j'en avais faite, n'y ayant point de nouveau titre d'acquisition, l'héritage ne peut pas recevoir une nouvelle qualité d'acquêt qu'il n'avait pas auparavant; le titre en vertu duquel je deviens propriétaire, ne peut être que l'ancien titre en vertu duquel je l'étais, lorsque je l'ai aliéné, puisqu'on suppose qu'il n'en est point intervenu de nouveau, et que l'aliénation que j'en avais faite s'est résolue : si donc, avant que je l'eusse aliéné, je le possédais à titre de succession, il reprendra la même qualité de propre.

44. Faisons l'application de ce principe.—J'ai vendu un héritage qui m'était échu à titre de succession ; je prends des lettres de rescision contre la vente que j'en ai faite, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, ou pour quelque autre cause que ce soit : elles sont entérinées, et je rentre dans cet héritage. Il n'est pas douteux qu'il reprendra la qualité de propre ; car la sentence en vertu de laquelle je rentre, contient plutôt la destruction du titre par lequel je l'avais aliéné, qu'elle ne contient un nouveau titre d'acquisition.

Voici un autre exemple : j'ai été condamné à une peine qui emporte mort civile et confiscation de biens, j'obtiens par la suite des lettres d'abolition, en vertu desquelles je rentre dans les biens qui avaient été confisqués; ces lettres ne sont pas tant pour moi un nouveau titre d'acquisition de ces biens, que la destruction de la sentence qui m'en avait fait perdre la propriété.

45. Dargentré néanmoins fait une distinction dans cette espèce : il convient que dans le cas des *lettres d'abolition*, qu'il appelle *de justice*, qui sont accordées pour un cas graciable, les biens qui avaient été confisqués retournent avec la qualité de propres qu'ils avaient auparavant; mais il prétend que, lorsque ces lettres d'abolition sont *de grâce*, et qu'elles sont accordées par une grâce extraordinaire, et par la plénitude de la puissance du souverain, ces lettres renferment un véritable don des biens confisqués, et leur doit donner la qualité d'acquêts.

46. Cette distinction est rejetée par les auteurs, et je ne pense pas qu'elle doive être suivie; car dans l'un et dans l'autre cas, les lettres d'abolition anéantissent la sentence de condamnation qui a opéré la confiscation ; d'où il suit que les biens confisqués lui retournent par la résolution du titre qui les lui avait fait perdre. Ce n'est point une nouvelle acquisition qu'il fasse d'où puisse résulter la qualité d'acquêt.

47. L'héritage dont je redeviens propriétaire reprend la qualité de propre qu'il avait, non-seulement lorsque j'y rentre par la rescision et l'annulation du titre qui m'en avait fait perdre la propriété, comme dans les espèces précédentes, mais même lorsque ce titre se résout pour l'avenir. C'est pourquoi si la donation que j'avais faite d'un héritage propre est révoquée pour cause de survenance d'enfant ; si j'avais vendu mon héritage propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire, et que j'exerce le réméré, ou que j'y rentre en vertu de la clause commissoire, faute de paiement ; si je l'avais donné à rente, et qu'on me le déguerpisse ; dans tous ces cas et autres semblables, mon héritage, dont je redeviens propriétaire, n'est point acquêt, parce que ce n'est point en vertu d'un nouveau titre d'acquisition, que j'en redeviens propriétaire ; mais il reprend la qualité de propre qu'il avait, lorsque je l'ai aliéné, parce que, redevenant propriétaire par la résolution du titre d'aliénation que j'en avais fait, je recommence à le posséder au même titre auquel je le possédais auparavant.

Outre cette raison, qui seule est très suffisante pour décider que dans cette espèce l'héritage reprend la qualité de propre, il se rencontre celle-ci : le

droit de rente foncière que j'ai retenu dans l'héritage propre que j'ai aliéné, et en vertu duquel j'y rentre lorsqu'on me le déguerpit; le droit de rentrer en cas de réversion, le droit de rentrer dans l'héritage par la clause de réméré ou par la clause commissoire, sont des droits immobiliers qui m'étaient propres de la même nature que m'était l'héritage, suivant les principes que nous établirons au paragraphe troisième ; ces droits venant à se fondre, se terminer et se réaliser dans l'héritage dans lequel je rentre en vertu de ces droits que j'ai conservés, il s'ensuit que cet héritage doit aussi avoir la même nature de propre, suivant les principes que nous établirons au paragraphe deuxième.

48. Lorsque j'ai donné entre-vifs un héritage propre, et que j'y rentre pour cause d'ingratitude du donataire, la sentence qui m'y fait rentrer doit-elle être regardée comme une simple résolution de la donation que j'en avais faite, ou bien comme un nouveau titre d'acquisition qui donne à cet héritage la qualité d'acquêt ? La question fait difficulté, et est controversée. Je suis revenu à penser que cette sentence est un nouveau titre d'acquisition par lequel le juge m'adjuge, par forme de réparation de l'offense qui m'a été faite, ce que le donataire ingrat se trouve posséder de mes bienfaits.

Il me semble qu'on ne peut pas la considérer comme une simple résolution de la donation que j'avais faite; car un acte entièrement consommé, tel qu'est la donation, ne peut se résoudre qu'en vertu de quelque condition résolutoire sous laquelle cet acte ait été fait, sinon expressément, du moins tacitement; or, on ne peut pas dire qu'une donation ait été faite sous la condition qu'elle se résolverait en cas d'ingratitude du donataire. C'est à quoi même on n'a pas dû penser. Ce n'est donc point en vertu d'aucune condition résolutoire de la donation, que le donataire est privé de la chose donnée, et que le donateur y rentre, mais par forme de peine prononcée contre le donataire au profit du donateur, et par forme de réparation de l'offense commise contre lui, ce qui est un vrai titre d'acquisition que le donateur fait de cette chose qui la rend acquêt. Une preuve que le donateur n'y rentre pas en ce cas par la résolution de la donation, c'est qu'il reprend la chose avec toutes les charges qui ont été imposées par le donataire, ainsi qu'on en convient, ce qui néanmoins ne devrait pas être, si la donation se résolvait [1]; car toutes les charges imposées par le

[1] Ce raisonnement de Pothier est très plausible, cependant le Code met l'ingratitude au nombre des causes de révocation de la donation. *V.* art. 953, 957, 958 et 959, C. civ.

Art. 953 : « La donation entre-vifs « ne pourra être révoquée que pour « cause d'inexécution des conditions « sous lesquelles elle aura été faite, « pour cause d'ingratitude, et pour « cause de survenance d'enfants. »

Art. 957 : « La demande en révoca- « tion pour cause d'ingratitude devra « être formée dans l'année, à compter « du jour du délit imputé par le dona- « teur au donataire, ou du jour que le « délit aura pu être connu par le dona- « teur.—Cette révocation ne pourra « être demandée par le donateur con- « tre les héritiers du donataire, ni par « les héritiers du donateur contre le « donataire, à moins que, dans ce der- « nier cas, l'action n'ait été intentée par « le donateur, ou qu'il ne soit décédé « dans l'année du délit. »

Art. 958 : « La révocation pour cause « d'ingatitude ne préjudiciera ni aux « aliénations faites par le donataire, ni « aux hypothèques et autres charges « réelles qu'il aura pu imposer sur l'ob- « jet de la donation, pourvu que le tout « soit antérieur à l'inscription qui au- « rait été faite de l'extrait de la de- « mande en révocation, en marge de « la transcription (de la donation) pre- « scrite par l'art. 939.—Dans le cas de « révocation, le donataire sera con- « damné à restituer la valeur des ob- « jets aliénés, eu égard au temps de la « demande, et les fruits, à compter du « jour de cette demande. »

Art. 959 : « Les donations en faveur « de mariage ne seront pas révocables « pour cause d'ingratitude. »

donataire devraient se résoudre pareillement suivant la règle, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

49. La commise d'un fief qui se fait au profit du seigneur pour cause de désaveu ou de félonie, n'est regardée non plus que comme une peine prononcée par les coutumes contre le vassal au profit du seigneur, et un titre d'acquisition qui donne au fief qui est commis, la qualité d'acquêt. Ainsi le décide Renusson en son *Traité des Propres* (ch. 1, sect. 11, n° 18), et d'autres auteurs.

50. Lorsque j'ai vendu à crédit un héritage, et que l'acheteur, qui n'a pas payé le prix par une convention faite avec moi, se déporte de son achat, et permet que je reprenne mon héritage, cette convention est regardée comme contenant plutôt un désistement et une résolution de la première vente, qu'une nouvelle vente et un nouveau titre d'acquisition. La raison en est que le contrat n'a pas été entièrement consommé dans cette espèce où il manquait à la consommation du contrat le paiement du prix. On peut, par un commun consentement, s'en désister : *re integrâ abire pacto à venditione potest.* C'est le sentiment de Dumoulin sur le titre des fiefs, et notre coutume, art. 112, en décidant que pour une telle convention, il n'était point dû de nouveau profit, paraît avoir adopté ce sentiment, et avoir regardé cette convention, non comme contenant une nouvelle vente, un nouveau titre d'acquisition, mais plutôt un désistement de la première vente ; d'où il suit que l'héritage dans lequel le vendeur rentre n'est point un nouvel acquêt, mais qu'il reprend la même qualité de propre qu'il avait lorsqu'il l'a aliéné [1].

§ II. *Des choses qui nous adviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.*

51. Non-seulement les immeubles qui nous ont été transmis immédiatement par la succession de nos parents, nous sont propres, tous ceux qui nous adviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé, le sont aussi, car ils nous adviennent en notre qualité d'héritier. C'est en tant qu'héritiers que nous en devenons propriétaires; il est donc vrai de dire que nous les tenons à titre d'héritiers, et par conséquent que ce sont des propres.

Par exemple, mon père a acheté un héritage dont la tradition ne s'est faite que depuis sa mort à moi qui suis son héritier, cet héritage me sera propre, quoique je n'aie point succédé immédiatement à cet héritage, qui n'a jamais appartenu à mon père; car il suffit que j'aie succédé à l'action *ex empto* qu'avait mon père pour se le faire livrer. En succédant à l'action par laquelle je me suis fait livrer l'héritage, c'est tout comme si j'avais succédé à l'héritage même; car de même que c'est un axiome en droit, que *qui actionem habet ipsam rem habere videtur*, de même il faut dire que *qui in actionem successit in ipsam rem successisse videtur.*

52. On peut dire que j'ai cet héritage à titre d'héritier, puisque ce n'est qu'en ma qualité d'héritier, et en conséquence du droit auquel j'avais succédé à mon père, qu'il m'a été livré, et que j'en suis devenu propriétaire. Ce droit auquel j'ai succédé était un droit à un héritage *jus ad immobile,* et par conséquent, suivant les principes établis au paragraphe précédent, un droit immobilier qui était en ma personne un propre. Ce droit n'était autre chose que l'héritage même considéré sous un certain aspect, non comme étant déjà *in dominio*, mais comme étant *in credito,* et devant un jour parvenir en notre

---

[1] Il est difficile d'admettre cette décision sous l'empire des lois nouvelles : rien ne manquait au contrat pour sa perfection, l'aliénation même était consommée ; cette nouvelle convention est une nouvelle cause qui produit une aliénation en sens inverse de la précédente.

domaine. Il s'ensuit que l'héritage auquel le droit qui m'était propre vient à se terminer, et dans lequel il vient à se fondre et réaliser par la tradition qui m'en est faite, doit être pareillement propre, puisqu'il n'est rien autre chose que le terme et la réalisation du droit qui m'était propre.

On doit décider la même chose, et par la même raison, dans tous les autres espèces semblables.—Par exemple, si le parent auquel j'ai succédé avait vendu un héritage, et qu'il lui fût resté par rapport à cet héritage, une action rescisoire pour y rentrer par la rescision de la vente qu'il en avait faite, ou qu'il eût conservé un droit de réméré ou une action en vertu de la clause commissoire, si après sa mort j'exerce, comme son héritier, cette action rescisoire, ou ce droit de réméré, ou une action en vertu de la clause commissoire, cet héritage me sera propre; et même s'il était déjà propre à mon parent, lorsqu'il l'a vendu, il me sera propre avitin, tel qu'il me l'aurait été, si mon parent ne l'avait jamais vendu, et que j'y eusse succédé immédiatement; car l'action que mon parent a retenue et conservée par rapport à l'héritage, est propre de même nature qu'était l'héritage, suivant les principes que nous verrons au paragraphe quatrième. Ce droit auquel j'ai succédé m'était donc propre, tel que l'était l'héritage, lorsque venant à exercer ce droit par moi-même, il est terminé, fondu et réalisé en l'héritage même; il s'ensuit que l'héritage me rentre avec la même qualité de propre que ce droit avait, et par conséquent avec la même qualité de propre que cet héritage aurait eu en lui-même, s'il n'eût point été aliéné, et que j'y eusse succédé immédiatement.

53. Suivant les mêmes principes, si j'acquiers par prescription la propriété d'un héritage dont celui à qui j'ai succédé s'était mis en possession, cet héritage me sera propre tout comme si j'avais succédé à l'héritage même; car quoique le défunt n'en ait point eu la propriété, et que ce soit moi qui l'aie acquise, il suffit que je l'aie acquise en vertu d'un droit de possession auquel j'ai succédé, pour que cet héritage soit propre, ainsi que le droit auquel j'ai succédé, et de même que si j'y avais succédé immédiatement.

54. Mon père a vendu et livré un héritage à crédit, il meurt peu après; et par une convention entre l'acheteur et moi, par laquelle l'acheteur se déporte de son achat, je rentre dans l'héritage, cet héritage me sera-t-il propre ?

Il y a beaucoup plus de difficulté que dans les espèces précédentes; car on ne peut pas dire dans cette espèce, comme dans les précédentes, que je deviens propriétaire de l'héritage en vertu d'un droit auquel j'ai succédé. Mon père ayant vendu à crédit cet héritage, n'a conservé aucun droit à cet héritage auquel j'aie pu succéder; il n'avait que l'action *ex vendito*, pour être payé du prix, laquelle étant une action mobilière, n'était pas susceptible de la qualité de propre.

D'un autre côté, on peut dire que la convention par laquelle un acheteur se déporte de son achat, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant plutôt un résiliement de la vente qui en a été faite, qu'une nouvelle vente qui m'est faite, il s'ensuit que je rentre dans cet héritage plutôt que je ne l'acquiers; et comme j'y rentre en qualité d'héritier du vendeur, la convention en vertu de laquelle j'y rentre, étant une convention que je n'ai pu faire que comme héritier, je tiens donc cet héritage à titre d'héritier, ce qui suffit pour qu'il me soit propre. Mais, dit-on, mon père n'ayant conservé aucun droit à cet héritage, je n'ai pu succéder à aucun droit en vertu duquel je sois devenu propriétaire de l'héritage; on ne peut donc pas dire que j'aie l'héritage en vertu d'un droit auquel j'aie succédé en vertu d'un droit successif, ce qui est néanmoins nécessaire pour qu'il soit propre.

Je réponds. Je l'ai en vertu du droit *ex vendito*, auquel j'ai succédé, et par conséquent en vertu d'un droit successif. Il est vrai que le droit *ex vendito*

n'avait dans son origine, et dans le temps que j'y ai succédé, pour objet, que le paiement du prix, et était une action mobilière, non susceptible de la qualité de propre : mais, *ex accidenti*, par le désistement que l'acheteur a fait de son achat et la convention qu'il y a eue entre lui et moi en ma qualité d'héritier, ce droit *ex vendito* que j'avais a changé de terme, et a pour objet l'héritage dans lequel il m'était permis de rentrer, au lieu d'en exiger le prix ; de droit mobilier qu'il était, il est devenu immobilier, ayant pour objet l'héritage ; c'est en vertu de ce droit que je suis rentré et devenu propriétaire de l'héritage, et par conséquent en vertu d'un droit successif, ce qui suffit pour qu'il soit propre[1].

55. Mon père avait eu un héritage qu'il avait donné à rente, en retenant un droit de refus : depuis sa mort cet héritage a été vendu ; j'exerce le droit de refus, cet héritage sera-t-il propre ou acquêt ? —Il sera acquêt ; car le titre de mon acquisition est la vente qui en a été faite d'abord à l'étranger, et par l'événement à moi comme subrogé à l'étranger Le droit de refus auquel j'ai succédé, ne m'a donné que la préférence. J'ai été préféré en vertu de ce droit, mais j'ai acquis en vertu de la vente qui en avait été faite.

Que si la vente qui a donné lieu au droit de refus avait été faite du vivant de mon père, le droit d'avoir cet héritage ayant été acquis à mon père, s'étant trouvé dans la succession, et étant un droit immobilier qui m'est propre, il n'est pas douteux que si j'exerce ce droit, l'héritage me sera propre ; car je l'acquiers en vertu d'un droit acquis à mon père auquel j'ai succédé.

56. J'ai transigé sur la propriété d'un héritage dont mon père m'a transmis la possession, l'héritage me sera-t-il propre ou acquêt ?—Il faut entrer dans la discussion de la question sur laquelle j'ai transigé. S'il appartenait à la personne qui m'a fait la contestation, et qui, par la transaction, au moyen de l'argent que je lui ai donné, s'est désistée de son droit, cette transaction est pour moi un véritable titre d'acquisition en vertu duquel je possède l'héritage, je ne le tiens plus de la succession de mon père, mais je le tiens en vertu de ce nouveau titre, et par conséquent l'héritage m'est acquêt.

Mais à moins qu'il ne soit justifié que l'héritage appartenait à celui qui m'en a fait la contestation, ou que le prix que j'ai donné par la transaction, qui se trouverait égaler la valeur de cet héritage, ne le fît présumer, hors ces deux cas, il faut dire que cet héritage est propre, et que je n'ai donné l'argent convenu par la transaction que pour me rédimer d'un procès, la propriété étant présumée être par-devers le possesseur, tant que le contraire ne paraît pas ; c'est pourquoi je ne serai point censé l'avoir acquis par la transaction, mais le tenir de la succession de mon père, et en conséquence il sera propre[2].

§ III. *De ce qui échoit par partage ou licitation entre cohéritiers.*

57. Comme il est de la nature de toute communauté de devoir un jour se partager, ***nulla enim in æternum communio est***, et qu'en conséquence une succession n'est déférée à plusieurs héritiers qu'à la charge du partage que chacun d'eux a droit de demander à ses cohéritiers, il s'ensuit que le partage et les actes qui en tiennent lieu, tel qu'est l'acte de licitation, doivent être regardés comme l'exécution et la détermination du titre de succession, et non comme un titre d'acquisition distinct et séparé du titre de succession. De là il suit que tout ce qui advient par partage et licitation est censé advenir à titre de succession, et chaque cohéritier est censé avoir succédé à tout ce qui tombe dans

[1] Pothier ne voit toujours qu'un désistement, qu'une révocation de la première convention, dans un acte qui nous paraît renfermer non une révocation, mais une nouvelle aliénation.

[2] Il nous paraît qu'il faudrait encore raisonner ainsi, en matière de propres de communauté.

son lot, ou à tout ce qui lui est adjugé par licitation [1], ces actes n'ayant fait que déclarer et déterminer les choses auxquelles chaque cohéritier devait être censé avoir succédé; et par conséquent tout ce qui échoit à chacun des cohéritiers, soit par partage ou par licitation, est propre pour le total, et non pas seulement pour la portion que l'héritier y avait avant le partage; cela a passé en jurisprudence constante. De là la maxime que les partages ont parmi nous un effet rétroactif, et ne sont que déclaratifs de ce à quoi chacun a succédé.

58. Cela a lieu quand même l'héritage qui m'advient par licitation composerait seul tout l'actif de la succession. En vain dira-t-on qu'il répugne que n'étant héritier que pour une partie, par exemple, pour un quart, je sois censé avoir succédé à ce qui fait le total de l'actif de cette succession. Je réponds que cela ne paraît point répugner, si on fait réflexion que le quart indivis en cet héritage auquel j'ai succédé, renfermait, en conséquence de la qualité d'indivis, le droit de demander le partage et même la licitation de cet héritage, au cas que ce fût la commodité commune de sortir de cette manière de communauté, et par conséquent, il renfermait le droit d'avoir le total de cet héritage si j'étais le plus hardi licitant. Il est donc vrai de dire que c'est en vertu d'un droit renfermé dans celui auquel j'ai succédé, et par conséquent, en vertu d'un droit auquel j'ai succédé, que je licite, et que je deviens, par le moyen de la licitation, propriétaire du total de l'héritage; or, suivant les principes établis au paragraphe précédent, je suis censé avoir succédé, non-seulement aux choses auxquelles j'ai succédé directement et immédiatement, mais aussi aux choses qui me sont advenues en vertu d'un droit auquel j'avais succédé, et elles sont censées propres comme si j'y avais succédé immédiatement : donc, en cette espèce, il ne répugne point que je sois censé avoir succédé au total de cet héritage, puisque, en succédant au quart indivis, j'ai vraiment succédé au droit d'avoir le total, si la licitation en décidait ainsi [2].

59. La licitation n'est pas le seul acte qui tienne lieu de partage. Tout acte passé entre cohéritiers, ou quelques-uns d'eux, où on puisse présumer que l'intention principale des parties a été de sortir de communauté, doit passer pour partage, quand cet acte serait qualifié du nom de *vente* ou de quelque autre nom, parce que la nature des actes doit se régler, non par le nom qu'on leur a donné, mais par ce qui s'est passé entre les parties, par ce que les parties ont eu en vue et se sont proposé [3].

60. Selon ces principes, la jurisprudence est devenue constante, que lorsque mes cohéritiers ou quelqu'un d'entre eux me vend sa part qu'il a par in-

---

[1] *V.* art. 883, C. civ.

Art. 883 : « Chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immé- « diatement à tous les effets compris « dans son lot, ou à lui échus sur lici- « tation, et n'avoir jamais eu la pro- « priété des autres effets de la succes- « sion. »

[2] Il en est ainsi parce que le droit civil français l'a voulu; mais il faut cependant convenir que ce n'est qu'une fiction, utile sans doute, mais qu'il faut cependant renfermer dans ses limites, car en réalité j'acquiers les parts de mes cohéritiers.

[3] *V.* art. 888, C. civ., qui consacre la même règle.

Art. 888 : « L'action en rescision est « admise contre tout acte qui a pour « objet de faire cesser l'indivision en- « tre cohéritiers, encore qu'il fût quali- « fié de vente, d'échange et de trans- « action, ou de toute autre manière. « Mais après le partage, ou l'acte qui « en tient lieu, l'action en rescision « n'est plus admissible contre la trans- « action faite sur les difficultés réelles « que présentait le premier acte, même « quand il n'y aurait pas eu à ce sujet « de procès commencé. »

que cet héritage m'est acquêt ; le retrait féodal étant un vrai achat, n'étant que le droit d'être préféré à un acheteur étranger.

§ V. *De ce qui reste d'un propre et des droits qu'on retient par rapport à un propre.*

66. Il n'est pas douteux que ce qui reste d'un propre est propre, quand même cet héritage aurait péri et changé de forme ; car tout ce qui reste de ma chose, qui a péri, m'appartient au même titre et de la même manière que m'appartenait ma chose : *Quod ex re meâ superest meum est.* Par exemple, si ma maison a été inondée, la place ou la masure qui en reste demeure propre de la même nature qu'était la maison.

67. *Quid*, des matériaux qui sont détachés ?—Si le propriétaire conserve la volonté de les replacer dans la reconstruction de la maison, comme, en ce cas, ils conservent la nature d'immeubles, ainsi que nous l'avons vu au paragraphe précédent ; ils conservent aussi la qualité de propres, sinon il sont devenus meubles, et par conséquent non susceptibles de cette qualité.

68. Tous les droits que nous retenons dans une chose, lorsque nous l'aliénons, ou par rapport à cette chose, nous sont propres, de la même manière que l'était la chose ; car ces droits dérivant du droit de propriétaire que nous avions, doivent retenir la qualité des choses dont ils dérivent.

C'est pourquoi si j'aliène mon héritage à titre de cens et de rente foncière [1], le droit de cens ou de rente foncière que je retiens sur cet héritage m'est propre, ainsi que m'était l'héritage.

69. Il n'en est pas de même d'une rente qu'on me constituerait par le contrat de vente pour le prix de mon héritage propre par moi vendu. Cette rente sera un acquêt ; car cette rente n'est pas un droit que je retiens dans l'héritage, c'est un droit personnel que j'acquiers contre l'acheteur de mon héritage par la rente qu'il m'en fait pour et en acquit de la somme qu'il me doit pour le prix de mon héritage : acquérant ce droit de rente à titre d'une vente qui m'en est faite, c'est évidemment un acquêt. Mais, dira-t-on, je retiens, pour raison de cette rente, une hypothèque sur l'héritage ; cette hypothèque est un droit dans l'héritage, *jus in re :* or, nous avons dit que les droits retenus dans un héritage propre, lorsque nous l'aliénons, conservaient la qualité de propres. La réponse est, que cela est vrai, des droits qui subsistent *principaliter et per se* ; mais ce principe ne peut recevoir d'application à un droit d'hypothèque qui ne subsiste pas *principaliter et per se,* et n'est que l'accessoire d'une créance personnelle ; car l'accessoire doit suivre la nature de la chose principale [2].

C'est pourquoi, en cette espèce, la rente qui m'est constituée pour le prix de mon héritage étant un acquêt, l'hypothèque qui ne lui est qu'acces-

---

[1] La rente même foncière ne serait aujourd'hui considérée que comme une créance, et la personne en serait le terme passif et non le fonds, c'est-à-dire, c'est la personne qui doit et non pas l'héritage.

[2] Cette distinction entre les droits réels qui subsistent *principaliter et per se* et ceux qui ne sont que l'accessoire d'une créance personnelle, est encore fort importante à faire aujourd'hui.

Le Code ne reconnaît de la première classe que la propriété, l'usufruit (*lato sensu*, ce qui comprend l'usage et l'habitation), et les servitudes. (Art. 543, C. civ.)

Les droits réels accessoires sont les priviléges et les hypothèques.

Art. 543 : « On peut avoir sur les « biens, ou un droit de propriété, ou « un simple droit de jouissance, ou « seulement des services fonciers à « prétendre. »

soire, ne peut pas changer sa nature d'acquêt, et lui donner la qualité de propre.

70. Il en est de même d'une servitude prédiale, *finge*, d'un droit de vue. Par exemple, j'ai deux maisons dont l'une *acquêt*, qui a des vues sur l'autre qui m'est *propre;* par l'aliénation de celle qui m'est propre, je retiens les droits de servitude de vue tels qu'ils sont. On ne peut pas dire que ce droit de servitude de vue que je retiens dans la maison propre que j'aliène, ait la qualité de propre; car ce droit de servitude que je retiens n'est pas un droit qui subsiste par lui-même : c'est un droit attaché à la maison acquêt que je retiens : il en fait partie, *quid enim aliud sunt jura servitutum quàm qualitates prædiorum,* et par conséquent, ce droit de servitude doit suivre la nature de la maison *acquêt* dont il est une dépendance inséparable.

Non-seulement les droits que je retiens dans un héritage propre, lorsque ce sont des droits qui subsistent *principaliter et per se,* me sont propres, il en est de même de ceux que je retiens, non pas proprement dans cet héritage, mais par rapport à cet héritage. Par exemple, si je vends mon héritage propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire par laquelle je stipule « qu'il me sera permis d'y rentrer, si je ne suis pas payé dans un certain temps; » ce droit de réméré, ce droit de rentrer dans l'héritage par la clause commissoire, sont des droits propres de la même nature qu'était l'héritage.

71. Il en est de même des actions rescisoires que j'ai contre l'aliénation que j'ai faite de mon héritage : par exemple, pour cause de lésion d'outre-moitié du juste prix, de minorité, ou pour quelque autre cause; ces droits étant des droits que j'ai conservés par rapport à l'héritage aliéné, me sont propres de même nature qu'était l'héritage [1].

§ VI. *De quelle qualité doivent être présumés les héritages dont l'origine est incertaine?*

72. L'héritage dont l'origine est incertaine, doit être présumé plutôt acquêt que propre. La qualité d'acquêt étant la première et la plus naturelle qualité d'un héritage, puisque tout héritage est acquêt avant que d'être propre, la qualité de propre ne pouvant survenir à un héritage qu'après que celui qui l'a acquis, et en la personne de qui il est acquêt, l'a transmis par succession. D'ailleurs la qualité de propre servant de fondement à des droits établis en faveur de la famille sur des héritages contre le droit commun, lorsque des familles réclament des droits sur ces héritages, c'est à elles à justifier la qualité qui sert de fondement à leurs prétentions, suivant la maxime que c'est au demandeur à fonder sa demande [2] : *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Par exemple, un parent de mon vendeur veut retirer sur moi un héritage par retrait lignager, le fondement de sa demande est que cet héritage est un propre : c'est donc à lui à justifier cette qualité de propre, puisqu'elle sert de fondement à sa demande.

---

[1] Tous ces principes, si clairement exposés, n'ont plus d'intérêt aujourd'hui en matière de succession (Art. 732, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 538, note 2); mais il est bon de les connaître pour régler les droits des époux mariés en communauté.

[2] Même principe en matière de communauté. *V.* l'art. 1402 du Code civil.

Art. 1402 : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il « n'est prouvé que l'un des époux en « avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou « qu'il lui est échu depuis à titre de « succession ou donation. »

73. Un héritier veut faire retrancher de mon legs les quatre cinquièmes d'un héritage sur le fondement qu'il est propre; c'est à lui à le justifier.—Vous me direz que le légataire étant demandeur en saisissement de legs, c'est plutôt à lui, comme demandeur, à justifier que l'héritage est acquêt. Je réponds que c'est l'héritier qui prétend que les quatre cinquièmes doivent être exceptés du legs; *excipiendo fit actor*, et c'est par conséquent à lui à justifier le fondement de son exception, le fondement de cette réserve, et par conséquent à lui à justifier la qualité de propre. Que s'il est question d'une succession entre l'héritier aux propres et l'héritier aux acquêts, il est évident que l'héritier aux acquêts étant le plus proche parent, il n'a rien à prouver autre chose que la proximité de sa parenté; c'est à l'héritier aux propres qui veut l'exclure à justifier la qualité de propres qu'il prétend lui donner droit à la succession.

ART. V. — Des effets de la qualité de propres, et quand elle s'éteint.

§ Ier. *Des effets de la qualité de propres.*

74. Cette *qualité de propres* a trois principaux effets:

1° En matière de succession. La succession de propres est affectée aux parents de la famille d'où ils viennent, à l'exclusion des autres parents, quoique plus proches [1].

2° En fait de disposition.—Les coutumes réservent dans les héritages propres à l'héritier aux propres, une certaine portion dont elles défendent de disposer à son préjudice par testament. Quelques-unes même défendent de disposer d'une certaine portion de propres par donation entre-vifs [2];

3° Lorsqu'un propre est vendu, les coutumes accordent aux parents de la famille le droit de le retirer par retrait lignager sur l'acquéreur étranger [3].

Nous avons parlé de ces trois différents effets au *Traité des Successions*, aux *Traités des Donations entre-vifs* et *testamentaires*, et au *Traité du Retrait lignager*, où est le siége de ces matières.

§ II. *Quand s'éteint la qualité de propres?*

75. Il est évident que la qualité de propres s'éteint par l'extinction de l'immeuble qui en est le sujet, pourvu qu'il n'en reste rien; car elle se conserve dans ce qui en reste, ainsi que nous l'avons vu. Ainsi, lorsqu'une rente propre est amortie, lorsqu'un office propre est supprimé, le propre est éteint, et cette qualité ne se conserve pas dans les effets du remboursement; car ces deniers ne font plus partie de la rente, qui ne subsiste plus, ni de l'office. Et d'ailleurs étant quelque chose de mobilier, ils ne sont point susceptibles de la qualité de propres. Il n'en est pas de même de la place sur laquelle était bâtie une maison qui a été incendiée; cette place conserve toujours la qualité de propre qu'avait la maison, car elle en fait partie, *area est pars domûs*, et elle est susceptible de cette qualité. De là il suit que si on y reconstruit une nouvelle maison, elle aura la même qualité de propre que l'ancienne; car la place sur laquelle elle a été bâtie, et dont le nouveau bâtiment est l'accessoire,

---

[1] *V.* art. 732, C. civ., p. 538, note 2.

[2] La réserve, sous l'empire du Code, a plus d'analogie avec la légitime ancienne qu'avec les réserves coutumières; elle se calcule sur tous les biens, quelle qu'en soit l'origine; sa quotité est déterminée par la quotité et le nombre des personnes qui y ont droit; et elle ne peut être diminuée ni par donations entre-vifs, ni par testament.

[3] Les lois nouvelles n'admettent point le retrait lignager.

lui communique cette qualité de propre, suivant les principes établis en l'article précédent.

La qualité de *propre* s'éteint aussi, *salvo subjecto*, lorsque l'héritage sort de la famille; mais s'il y rentre par la résolution du titre qui l'en a fait sortir, cette qualité de propre revivra.

La qualité de *propre* s'éteint aussi, quoique l'héritage reste dans la famille, lorsque quelqu'un de la famille commence à le posséder à un titre qui fait des acquêts; c'est-à-dire à tout autre titre que de succession et de donation en directe.

76. Il semblerait suivre de ces principes que la qualité de propre est éteinte dans les héritages qui sont retirés par retrait lignager, ce retrait consistant à rendre le lignager acheteur à la place de l'étranger, à qui il a été vendu; néanmoins, comme le retrait lignager a été introduit pour conserver les héritages dans les familles, il ne doit pas avoir un effet contraire aux vues de la loi qui l'a introduit. La coutume ne regarde pas la qualité de propre comme éteinte dans l'héritage retiré par retrait lignager, et elle donne aux parents de la ligne d'où ils procèdent le droit d'y succéder préférablement aux héritiers des acquêts de ce lignager; mais comme cet héritage est pourtant, dans la vérité, acquêt, elle veut que l'héritier de la ligne n'y succède qu'en remboursant à l'héritier aux acquêts le prix pour lequel il l'a retiré.

L'héritage tient donc, en ce cas, et de la nature d'acquêt, et de la nature de propre; de la nature d'acquêt, parce qu'effectivement le lignager est acheteur. *tunc enim pecuniâ suâ acquisivit*, et de la nature de propre, parce que c'est *jure sanguinis et familiæ*, qu'il a été subrogé à cet achat.

Nous remettons à traiter cette question plus amplement au *Traité du Retrait lignager*.

SECTION II.

Des propres fictifs.

§ Ier. *Des propres de subrogation.*

77. La *subrogation des propres* est une fiction de droit qui fait passer la qualité de propre qu'avait un immeuble que nous aliénons à un autre immeuble que nous acquérons à la place, et qui nous en tient lieu.

78. Pour que la subrogation fasse passer la qualité d'une chose à une autre, il faut que trois choses concourent :

1° Il faut que ce soit une qualité extrinsèque, telle qu'est la qualité de propre; car il est évident que les qualités intrinsèques des choses ne peuvent passer d'une chose à une autre;

2° il faut que la chose à laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre, soit susceptible de cette qualité. De là il suit que, si je vends mon héritage propre, si je reçois le remboursement de ma rente propre, la qualité de propre qu'avait ma rente ou mon héritage, ne peut pas, par la seule force de la subrogation, passer aux deniers du prix ou du remboursement qui me tiennent lieu de mon propre, parce que ces deniers étant quelque chose de mobilier, ne sont pas susceptibles de la qualité de propre, suivant le principe établi chap. 1er, § 3. Quand même le prix m'en serait encore dû lors de ma mort, cette créance du prix de mon propre ne pourrait avoir la qualité de propre, parce qu'étant mobilière, elle n'en est pas susceptible.

Il faut : 3° Que la chose en laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre par subrogation, ait été acquise immédiatement à la place de cette chose,

et en tienne lieu. De là il suit que si je vends mon héritage pour une somme dont on me constitue rente, quoique sur-le-champ, et par le même contrat, cette rente sera acquêt, et ne recevra point, par la subrogation, la qualité de propre qu'avait mon héritage; car elle ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage ; je ne l'ai pas immédiatement acquise pour mon héritage, mais pour le prix qui m'en était dû.

79. Par la même raison, si par partage le lot de mon cohéritier est chargé envers moi du retour d'une somme pour laquelle il m'ait constitué rente, cette rente me sera acquêt ; car elle ne me tient lieu que de la somme qui m'était due pour ce retour. C'est à cette somme due pour ce retour, que par l'effet rétroactif des partages, je suis censé avoir succédé, et non point à la rente que je suis censé avoir acquise pour cette somme.

80. Les trois conditions requises pour la subrogation, se trouvent concourir dans l'échange que je fais de mon héritage propre contre un autre immeuble : — 1° Il me tient lieu immédiatement de mon héritage ; — 2° étant immeuble, il est susceptible de la qualité de propre ; — 3° cette qualité de propre est une qualité intrinsèque qui peut passer d'une chose à une autre [1].

Il se fait donc, en ce cas, un vrai propre de subrogation, et l'immeuble que je reçois en échange de mon héritage sera réputé propre de la même nature qu'était mon héritage, quant à tous effets, non-seulement en ma personne, mais à perpétuité à tous ceux de ma famille, à qui il sera transmis par ma succession. La coutume de Paris, art. 143, en a une disposition expresse :

« Quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, l'héritage est propre de celui qui l'a eu par échange. »

Notre coutume, art. 385, en a une pareille disposition.

81. Si l'héritage que j'ai reçu en échange de mon héritage propre était d'une valeur plus considérable que le mien, et que j'eusse donné une somme de deniers pour retour, notre coutume, art. 385, décide qu'il sera acquêt jusqu'à la concurrence des tournes, et que néanmoins l'héritier aux propres pourra le retenir en remboursant. Cette disposition de la coutume d'Orléans est fondée en raison de droit et d'équité ; car cet héritage ne me tient pas seulement lieu de mon héritage propre, mais encore de l'argent que j'ai donné en retour. Cet héritage ne me tenant donc pas lieu pour le total de mon héritage propre, il ne me le doit être que pour une portion et pour le surplus, et au *prorata* de la somme donnée pour retour, il doit être acquêt, ainsi que le décide notre coutume.

82. Ce que notre coutume ajoute, que « quoique notre héritage soit pour cette portion acquêt, l'héritier aux propres pourra néanmoins la retenir en remboursant, » est fort sage. L'héritier aux acquêts qui doit succéder à cet héritage pour la portion pour laquelle il est acquêt, est mis hors d'intérêt par le remboursement qu'on lui fait, et on évite la licitation, qui aurait pu faire sortir entièrement le propre de la famille contre la vue que la loi a eue de l'y conserver par la subrogation.

83. Cette disposition de la coutume d'Orléans étant fondée en droit et équité, doit, quant aux deux parties, être suivie dans la coutume de Paris, et dans les autres coutumes, d'autant que celle d'Orléans ayant été réformée après celle de Paris, par les mêmes réformateurs, et cette disposition étant un article de la réformation, elle doit passer pour une explication de celle de Paris.

---

[1] *V.* art. 1407, C. civ.

Art. 1407 : « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné ; sauf la récompense s'il y a soulte. »

84. Voici une autre espèce où il se fait subrogation de propre. Il se trouve dans une succession un héritage qui est pour moitié paternel, et pour l'autre moitié maternel, et qui vaut 10,000 livres, et un autre qui est en entier propre paternel, qui vaut 5,000 livres, cet héritage deviendra en la personne de l'héritier maternel, par la subrogation, propre maternel; car il a cet héritage immédiatement à la place de la moitié de l'autre héritage, qui était pour cette moitié propre maternel.

85. *Quid,* dans cette espèce : Deux frères germains partagent les successions de leurs père et mère ; l'un a en partage tous les héritages paternels, et l'autre tous les maternels ; ces héritages paternels seront-ils réputés, dans les mains de celui à qui ils sont échus, propres maternels jusqu'à concurrence de la part qu'il devait avoir dans les propres maternels, dont jusqu'à concurrence ils lui tiennent lieu *et vice versâ ?*—Non, ils sont pour le total propres paternels, comme les maternels seront maternels pour le total à l'autre enfant. Il est censé avoir succédé à son père pour le total à ces héritages échus en son lot, à la charge d'un retour envers son frère, lequel, de son côté, est censé avoir succédé pour le total aux héritages maternels, à la charge pareillement d'un retour, desquels retours, qu'ils doivent de part et d'autre, il s'est fait compensation. Cette espèce-ci est bien différente de la précédente.

Dans cette espèce, les héritages paternels qui tombent en partage à l'un des enfants, ne sortent point de la famille du père ; ils doivent plutôt conserver leur vraie et naturelle qualité d'héritages paternels, que d'acquérir une qualité feinte de propres maternels par la subrogation ; au lieu que, dans l'espèce précédente, l'héritage paternel qui est donné à l'héritier maternel sort de la famille paternelle du défunt ; il ne peut donc plus conserver sa qualité de paternel, rien n'empêche donc qu'il ne puisse recevoir, par la fiction de la subrogation, la qualité de propre maternel qu'avaient les héritages dont il tient la place. Dans notre espèce, l'enfant qui avait les deux qualités d'héritier paternel et d'héritier maternel, doit être plutôt censé avoir ces héritages paternels de la succession paternelle dont ils procèdent effectivement, que de celle dont ils ne procèdent pas ; mais, dans l'espèce précédente, l'héritier de la ligne maternelle ne peut avoir les héritages de la ligne paternelle, comme héritages de cette ligne ; il n'a d'autre titre pour les avoir que la convention pour laquelle on les lui a cédés, pour lui tenir lieu de ceux de la ligne maternelle dont il est héritier ; il tient donc cet héritage comme tenant la place des héritages de la ligne maternelle auxquels il a succédé, et, par conséquent, comme propres de cette ligne par subrogation. Les coutumes de Sens, article 44, et de Troyes, article 154, en ont des dispositions conformes à notre décision.

86. *Quid*, de cette espèce ? Un père ayant à partager les biens de la communauté avec son fils, qui a droit à la moitié de cette communauté comme héritier de sa mère, donne un de ses propres à son fils pour le remplir de cette portion en la communauté. Cet héritage sera-t-il, par subrogation, propre maternel, ou conservera-t-il sa qualité de propre paternel ?

Il semble qu'il ne la peut conserver ; car cet enfant, dans l'acte de partage de communauté qu'il fait avec son père, n'ayant d'autre qualité que celle d'héritier de sa mère, l'héritage paternel qui lui est cédé par ce partage, lui appartient à titre d'héritier de sa mère ; or, il paraît répugner que l'héritage qu'il a comme héritier de sa mère, soit propre paternel ; il semble donc qu'il ne peut être qu'un propre subrogé maternel, comme lui tenant lieu des héritages qu'il devait avoir de sa mère, ou acquêt si c'était des sommes mobilières qui lui fussent dues comme héritier de sa mère, et en paiement desquelles son père les lui eût donnés. *Nec obstat,* que cet héritage passant du père au fils, ne sorte point de la famille du père ; car il ne suffit pas, pour que cet héritage ait dans la personne du fils la qualité de propre paternel, qu'il lui soit passé immédiate-

ment de son père sans être sorti de la famille, il faut encore que le fils l'ait *jure familiæ*, c'est-à-dire, à titre de succession paternelle, ou de donation qui soit comme une succession anticipée. Que si un fils avait un héritage de son père par la vente que son père lui en aurait faite, il n'est pas douteux que cet héritage, quelque ancien propre qu'il fût, quoiqu'en quelque façon il ne sortît point de la famille, serait néanmoins acquêt en la personne du fils parce que le fils ne l'aurait pas *jure familiæ*, mais comme étranger, au titre qui fait des acquêts.

Pareillement, en cette espèce, l'héritage qui passe au fils ne doit point être, en la personne du fils, l'héritage paternel, parce qu'il ne l'a point *jure familiæ*, mais acquêt, puisqu'il l'a en paiement des sommes qui lui sont dues de la succession de sa mère, et la dation en paiement étant un acte équipollent à vente, *dare in solutum est vendere*, c'est tout comme s'il avait cet héritage à titre d'une vente que son père lui en aurait faite, ou si c'était des immeubles qui lui revenaient de la succession maternelle, cet héritage lui étant donné à la place des héritages de la succession maternelle; qui lui étaient propres maternels, doit être par subrogation un propre maternel. La question ne laisse pas de souffrir difficulté. Il y en a qui pensent que cet héritage est en la personne du fils héritage paternel, que le père est censé lui laisser en avancement de la succession, non pas de la vente purement et simplement, mais *sub more*, et à la charge que son fils ne lui demandera aucune part en la communauté. Mais je trouve la première opinion plus régulière.

87. *Quid*, du cas où deux conjoints auraient mis en communauté tous leurs biens immeubles de part et d'autre, si par le partage entre le père et l'enfant héritier de sa mère, il échoit au lot de l'enfant des héritages paternels, conserveront-ils leur qualité d'héritages paternels, *et vice versâ*, si le père avait eu en partage des héritages de sa femme, que l'enfant recueillît ensuite de la succession de son père ces héritages, auraient-ils la qualité d'héritages maternels?

Chopin décide pour l'affirmative, lib. 2, tit. 1, *de moribus Parisiensium* nº 26; car, dit-il, *pura et simplex bonorum partitio nequaquàm tollit immutativè nativam rerum qualitatem flatumque iis primitùs insitum*; mais cette raison, quoiqu'exprimée en beau latin, n'est autre chose qu'une pétition de principes; car c'est précisément ce dont il est question. Je ne puis être de l'avis de Chopin, suivi par Renusson.

Je me fonde sur les raisons alléguées en la question précédente, qu'il répugne que ce qui me vient à titre d'héritier de ma mère, soit propre paternel, et que ce qui me vient de la succession de mon père, soit propre maternel. Cet héritage paternel qui tombe dans mon lot, est censé avoir été acquis par ma mère par le titre de la communauté de biens établie par son contrat de mariage, et m'étant transmis par sa succession, est un propre naissant maternel en ma personne, et les héritages de ma mère ayant passé par le partage de la communauté à mon père, sont sortis de la famille de ma mère, et ont perdu leur qualité de biens maternels; et lorsqu'ils me sont transmis par la succession de mon père, ils me sont propres naissants paternels.

88. Si l'office qui m'était propre est supprimé par un édit, et que par ce même édit le roi en crée d'autres qu'il donne, par forme d'indemnité, à ceux dont les offices sont supprimés, ce nouvel office aura, par sa subrogation, la qualité de propre qu'avait l'office supprimé, et cette qualité de propre qu'avait mon office, dans le dernier instant qu'il a cessé d'exister, a pu passer au nouvel office qui, dans le même instant, m'a été donné pour m'en tenir lieu.

89. Il en serait autrement si mon office ayant été supprimé purement et simplement, à la charge de pourvoir par la suite à l'indemnité des particuliers, le roi, *ex intervallo*, en créait d'autres et qu'il m'en donnât un pour mon indemnité, il ne pourra plus, en ce cas, y avoir lieu à la subrogation; car la

qualité de propre qu'avait mon office ayant péri avec lui, elle ne peut plus passer à un autre. Le nouvel office ne me tient pas lieu immédiatement de l'autre, qui m'était propre, puisqu'il s'est passé un intervalle depuis qu'il a cessé d'exister. Il me tient lieu seulement de l'indemnité qui m'était due.

SECTION III.

Des propres fictifs établis par les art. 94 de la coutume de Paris, et 351 de celle d'Orléans.

90. Les art. 94 de la coutume de Paris et 351 de celle d'Orléans, ont établi une espèce de propres fictifs, en décidant que les deniers provenant du rachat des rentes propres des mineurs remboursées durant leur minorité, ou l'emploi de ces deniers, auraient même nature de propre dans la succession desdits mineurs qui décéderaient en minorité, que celle qu'avaient lesdites rentes.

Voici les termes de la coutume de Paris : « *Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées. Toutefois, au cas que celles qui appartiennent aux mineurs soient rachetées pendant leur minorité, les deniers de rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages sont censés de même nature et qualité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi rachetées pour retourner aux parents du côté et ligne dont les rentes étaient procédées.* » La coutume d'Orléans ajoute : « *Et le semblable aura lieu pour deniers procédant de la vente d'héritages des mineurs.* »

Cette disposition qui a été ajoutée aux coutumes de Paris et d'Orléans lors de leur réformation, a été prise de la jurisprudence des arrêts, et par conséquent forme un droit commun dans tout le pays coutumier.

Le motif de cette disposition a été de conserver les biens des familles contre les fraudes des tuteurs qui pourraient procurer le rachat des rentes des mineurs qui seraient propres d'une autre ligne que de la leur, pour en frustrer les parents de cette autre ligne dans la succession du mineur, au cas qu'il vînt à décéder.

§ Ier. *De la nature des propres fictifs établis par l'art. 94 de la coutume de Paris.*

91. Les propres fictifs établis par l'art. 94 de la coutume de Paris, sont une espèce de propres de subrogation ; mais cette subrogation est bien différente de la subrogation parfaite dont nous avons parlé ci-dessus.

1° La subrogation parfaite ne donne la qualité de propres qu'aux choses qui en sont susceptibles ; celle-ci donne cette qualité à des choses mobilières, telles que sont les deniers provenus du rachat des rentes des mineurs.

2° La subrogation parfaite ne transfère la qualité de propre qu'à l'immeuble que nous avons immédiatement pour et au lieu de notre immeuble propre : celle-ci donne cette qualité aux choses que le mineur n'a que médiatement à la place de la rente propre qui lui a été remboursée.

3° La qualité de propre que donne la subrogation parfaite a tous les mêmes effets qu'ont les véritables propres et la même durée. Au contraire, la qualité de propre que donne l'art. 94 de la coutume de Paris, n'a d'effet que pour le seul cas de cet article, et s'éteint à la majorité, ainsi que nous le verrons par la suite.

§ II. *Quelles choses sont propres par la disposition de l'art. 94 de la coutume de Paris.*

92. Non-seulement les deniers qui proviennent du rachat de la rente propre du mineur sont censés propres dans la succession lorsqu'ils sont encore existants, le remploi qui en a été fait en autres héritages ou rentes, c'est-à-dire, les héritages, ou rentes qui auraient été acquis de ses deniers, ont la même qualité. C'est ce qui est porté en termes exprès par la disposition de l'article ci-dessus rapporté.

93. Est-il nécessaire pour cela qu'il ait été fait déclaration par le contrat d'acquisition dudit héritage ou rente, que le prix provient des deniers du rachat de la rente propre, qui a été remboursée au mineur?—Il est évident que cela n'est pas nécessaire ; autrement il ne tiendrait qu'au tuteur, en ne faisant point de déclaration, d'empêcher cette subrogation de propre ordonnée par la coutume, et par ce moyen, la disposition de la coutume faite principalement pour empêcher les fraudes des tuteurs, deviendrait illusoire. C'est pourquoi dans ce cas, quoiqu'il n'ait été fait aucune déclaration, les héritiers aux propres du mineur auront droit de prétendre dans les acquêts de la succession du mineur, faits depuis ledit rachat, le montant de la somme dudit rachat, pour tenir lieu de l'emploi des deniers.

94. Je ne crois pas néanmoins qu'il soit indifférent de faire ou de ne pas faire, lors de la première acquisition qui se fera depuis le rachat, une déclaration que cette acquisition est faite des deniers dudit rachat. Lorsque cette déclaration est faite, je pense que c'est cet héritage déterminément qui est subrogé à la rente propre qui a été rachetée, en telle sorte que l'héritier aux propres ne peut pas prétendre autre chose pour le remploi de ladite rente propre, et qu'il le prend pour le prix qu'il a été acquis, soit que depuis il ait augmenté ou diminué, et s'il est entièrement péri, c'est pour le compte de l'héritier aux propres, qui n'a point en ce cas de remploi à prétendre dans la succession du mineur.

Que si au contraire il n'a été fait aucune déclaration, lors des acquisitions qui ont été faites depuis le rachat ; en ce cas, je pense que le remploi accordé par la coutume à l'héritier aux propres n'est déterminément d'aucun corps d'héritages, mais consiste seulement dans le droit de prendre la somme à laquelle monte le rachat. Les acquêts faits depuis ledit rachat, qui se trouveraient dans la succession du mineur, seront délivrés à l'héritier aux propres en paiement du rachat qui lui appartient, eu égard à leur valeur au temps du partage, et non point aux prix pour lequel ils auraient acquis, parce que c'est la somme plutôt que le corps d'héritage, qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi ; d'où il suit pareillement que, si quelqu'un desdits acquêts est péri, cette perte ne tombera point sur cet héritier aux propres, pourvu qu'il en reste assez d'autres pour le remplir de la somme qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi.

Cela doit surtout avoir lieu dans le cas où, lors de la première acquisition qui a été faite depuis le rachat de la rente, le tuteur aurait eu d'autres fonds du mineur à employer, qui auraient pu servir à faire ladite acquisition sans les deniers de rachat. Il est évident en ce cas que le remploi de ses deniers ne peut être déterminé précisément à l'héritage qui a été acquis le premier depuis le remploi, puisqu'il est incertain si c'est des deniers dudit rachat, ou des autres fonds du mineur qu'il a été acquis.

95. Dans le cas où il ne paraîtrait pas que, lors de la première acquisition faite depuis le rachat de la rente propre, il y eût eu d'autres fonds à employer que les deniers dudit rachat, qui eussent pu servir à ladite acquisition sans les deniers dudit rachat ; il y aurait plus de fondement à soutenir que le remploi desdits deniers devrait consister déterminément dans cet héritage premier acquis, encore qu'il n'y eût point de déclaration faite ; néanmoins, même en ce

cas, je pencherais à décider que le remploi des deniers du rachat n'est point fait faute de déclaration déterminée à aucun corps d'héritage. Cette décision, en établissant une règle uniforme, prévient des procès auxquels pourraient donner lieu les questions de fait, « s'il y avait ou non, lors de la première acquisition, d'autres fonds qui aient pu servir à la faire, que ceux du rachat de la rente. »

96. L'héritier aux propres aura-t-il le choix des meilleurs acquêts, pour le remploi qui lui est dû du rachat de la rente propre?—Je ne pense pas qu'il doit avoir ce choix. Je pense plutôt que le commissaire au partage doit, entre les différents acquêts, lui délivrer plutôt ceux faits dans le temps le plus voisin du rachat, que ceux faits dans le temps le plus éloigné, parce que, encore que son remploi ne soit déterminé à aucun, il est plus naturel de choisir ceux qui le plus vraisemblablement sont provenus des deniers de son propre. S'ils ont été faits à peu près dans le même temps, je crois qu'on le doit payer en acquêts, qui ne sont ni les meilleurs ni les plus mauvais.

97. *Quid,* si le tuteur n'a fait aucun emploi des deniers provenus du rachat de la rente propre, mais les a dissipés ?—En ce cas, l'action qu'a le mineur contre son tuteur pour s'en faire faire raison, lui tenant lieu de ses deniers, c'est cette créance du mineur contre le tuteur, qui, dans sa succession, doit être prise par l'héritier aux propres pour le remploi de ladite rente.

98. *Quid,* si les deniers du rachat ont été employés à acquitter les dettes du mineur?— En ce cas, la libération de ces dettes tenant lieu de remploi, l'héritier aux propres fera confusion sur lui de la part qu'il aurait portée desdites dettes, si elles se fussent trouvées extantes lors du décès du mineur, et il se fera payer du surplus par les héritiers des autres biens, qui se trouvent d'autant plus libérés par les deniers provenus du rachat de la rente propre.

Que si c'était à l'acquittement d'une rente foncière, ou à la libération d'une charge réelle, comme d'un droit de servitude, que les deniers provenus du rachat de la rente propre eussent servi, en ce cas, n'y ayant que les héritiers du patrimoine dont est l'héritage qui étaient chargés de cette rente foncière, ou charge réelle, qui profitent de cette libération, ils seront tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédait l'héritage vendu, ou la rente qui a été amortie, dont les deniers du rachat ont procuré cette libération. Et si la rente foncière, ou charge réelle, était à prendre sur des héritages de la même ligne, d'où procédait la rente remboursée, en ce cas, l'héritier aux propres du côté et ligne, qui profite seul de l'emploi fait des deniers du rachat de cette rente, n'aurait aucun remploi à faire.

99. Les profits et droits du centième denier, dus pour les héritages d'une succession échue au mineur, sont bien des charges réelles de ces héritages; mais comme ils sont principalement une dette personnelle du mineur, qui contracte cette dette en acceptant la succession, et que s'ils se trouvaient encore dus au décès du mineur, tous ses héritiers en seraient tenus, il s'ensuit que, si les deniers du rachat de la rente propre ont servi à les acquitter, le remploi de ces deniers dus à l'héritier de la ligne d'où procède cette rente, doit être à la charge de tous les héritiers, de la même manière que nous l'avons dit ci-dessus.

100. Si les deniers de la rente propre ont servi à libérer l'hypothèque de l'héritage du mineur, hypothéqué à la dette d'un tiers, dont le mineur n'était point lui-même personnellement tenu; en ce cas, l'action de recours que le mineur a acquise par ce paiement contre les vrais débiteurs de cette dette, et tient lieu d'emploi des deniers du rachat de cette rente, et doit être dans la succession déférée à l'héritier de la ligne d'où procédait la rente comme y étant subrogée. Que si les débiteurs sont insolvables, en ce cas, on doit faire consister le remploi des deniers du rachat, non dans l'action de recours qu'a le mineur contre ses débiteurs, qui, au moyen de leur insolvabilité, n'a rien

de réel qui résulte de la libération de l'héritage, mais dans l'hypothèque que ces deniers ont procurée, qui est quelque chose de réel, et qui est de même prix que la somme qui a été employée, le bénéfice de cette libération ne se trouvant pas par devers les héritiers du patrimoine dont est cet héritage libéré, ils doivent être seuls tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédait la rente, dont les deniers du rachat ont servi à libérer leur héritage.

101. Au reste, l'héritier du patrimoine dont l'héritage libéré fait partie, n'est tenu du remploi du rachat de la rente propre, que subsidiairement, et à défaut de ce qu'on pourrait retirer de l'action de recours, qui, ayant été acquise véritablement des deniers de cette rente, doit, jusqu'à concurrence de ce qu'on en peut retirer, tenir lieu de l'emploi du rachat de la rente propre. La libération de l'hypothèque de cette dette ne contient aussi un avantage au profit de l'héritier du patrimoine dont est l'héritage libéré, qu'à proportion de ce dont le débiteur est insolvable; car l'avantage de la libération de l'hypothèque de cette dette doit se mesurer sur le préjudice qu'aurait causé cette hypothèque à l'héritier qui aurait succédé au mineur à cet héritage, s'il n'eût pas été libéré; or, cette hypothèque ne lui aurait causé aucun préjudice, jusqu'à concurrence des sommes qu'il aurait pu recouvrer du débiteur par la cession d'action qu'il se serait fait faire en libérant lui-même son héritage, s'il ne l'eût pas déjà été. L'hypothèque dont l'héritage était chargé ne pouvant donc faire de préjudice que pour raison et jusqu'à concurrence de la somme qui n'aurait pu être recouvrée du débiteur; il s'ensuit que la libération de cette hypothèque n'est un avantage que jusqu'à cette concurrence : d'où il suit que l'héritage libéré ne doit être chargé du remploi des deniers du rachat de la rente propre qui ont servi à sa libération, que jusqu'à concurrence, et que le remploi doit se prendre pour le surplus sur l'action de recours que le mineur a acquise contre les débiteurs de la rente acquittée, à laquelle l'héritage était hypothéqué.

102. Si les deniers du rachat de la rente propre avaient servi à faire les réparations d'un héritage du mineur, l'amélioration dudit héritage étant l'emploi des deniers, ce serait sur cet héritage que l'héritier de la ligne d'ou procédait la rente, devrait prendre le remploi desdits deniers du rachat. Par conséquent ce serait l'héritier du patrimoine d'où est cet héritage, qui serait seul tenu dudit remploi; et si cet héritage était de la même ligne que la rente rachetée, il n'y aurait point de remploi à prétendre.

103. Néanmoins, s'il paraissait que le tuteur du mineur, héritier présomptif de ses meubles et acquêts, eût fait emploi de ce rachat aux réparations des propres d'une autre ligne que la sienne, à dessein de jeter sur cette autre ligne le remploi desdits deniers, pendant que lesdites réparations, au lieu d'être faites de ses deniers, auraient pu être faites des revenus desdits héritages, ou même des deniers du prix du mobilier du mineur que ce tuteur avait entre ses mains, et qui naturellement devaient servir auxdites réparations; je pense qu'en ce cas, le décès du mineur venant à arriver, l'héritier aux propres pourrait être fondé à prétendre que, nonobstant l'emploi fait par le tuteur, le remploi des deniers de rachat de la rente propre fût pris sur la succession des meubles et acquêts du mineur, et non sur l'héritage propre qui en aurait été réparé.

104. S'il n'avait été fait aucune déclaration de l'emploi des deniers du rachat de la rente propre; que depuis ce rachat, il eût été fait plusieurs acquisitions d'héritages ou de rentes par le mineur, et qu'il eût été fait aussi des amortissements de rentes constituées ou foncières par le mineur; en ce cas, la succession des propres du mineur doit-elle contribuer pour ce qu'elle profite desdits amortissements avec la succession aux acquêts dudit mineur, au remploi des deniers dudit rachat?—Je le pense ainsi; car étant incertain, faute de déclaration, si ce sont les acquêts plutôt que les amortissements, ou les

amortissements plutôt que les acquêts, qui aient été l'emploi des deniers dudit rachat, il est raisonnable de les prendre proportionnellement sur l'un et l'autre de ces deux objets.

105. Ce que la coutume de Paris a décidé pour le prix du rachat des rentes propres du mineur, doit-il s'étendre au prix des héritages et autres immeubles propres?—On peut dire pour la négative que ce droit établi par l'art. 94 de la coutume de Paris, étant un droit singulier, ne doit point être étendu, que cet article a été fait pour empêcher les fraudes qu'il serait facile de commettre à l'égard des rentes dont on peut faciliter le remboursement pour engager à le faire; que n'y ayant pas lieu de craindre pareilles fraudes à l'égard des héritages des mineurs, qui ne peuvent se vendre que pour de justes causes, la raison qui a fait décider que le prix du rachat des rentes serait conservé à la ligne d'où elles procèdent, ne se rencontre point à l'égard des héritages, et qu'ainsi on ne doit point étendre aux héritages, ce qui n'est ordonné que pour les rentes.

106. Nonobstant ces raisons, il n'est pas douteux que ce que la coutume a décidé pour les rentes, a pareillement lieu pour les héritages, et autres immeubles des mineurs.

La coutume d'Orléans s'en explique formellement à la fin de l'art. 351, qui est tiré mot à mot de celui de la coutume de Paris, et comme les commissaires qui ont réformé notre coutume et y ont inséré cet article, sont les mêmes que ceux qui, quatre ans auparavant, avaient réformé celle de Paris, il y a lieu de penser que ce qu'ils ont ajouté à la fin de notre article, qui est le même mot à mot, que celui de Paris, doit également servir d'explication aux deux coutumes dont la disposition est la même.

107. Le retour en deniers qu'a reçu le mineur par le partage d'une succession immobilière, ce qu'il a touché du prix de la licitation d'un héritage adjugé à son cohéritier, étant le prix du droit que le mineur avait dans la succession immobilière, et par conséquent le prix d'un propre, doit, aux termes de nos coutumes, être réputé propre de même nature qu'auraient été les immeubles de cette succession dans celle de ce mineur, s'il décède mineur.

Que si le mineur, par le partage des meubles et immeubles d'une succession, a eu sa part en meubles de ladite succession, ces meubles, jusqu'à concurrence de la part qu'il aurait dû avoir dans les immeubles de cette succession, doivent-ils être regardés comme le prix de ces immeubles, et par conséquent comme propres?—Non, car suivant l'effet rétroactif qu'on donne aux partages, il n'est pas censé avoir jamais succédé à autre chose qu'aux meubles qui sont tombés dans son lot. Ils ne lui tiennent donc pas lieu d'autre chose dans l'espèce présente, quoique par le même effet rétroactif du partage, le cohéritier du mineur soit censé de même avoir immédiatement succédé à tout l'immeuble qui lui est advenu par la licitation, à la charge du retour envers le mineur, en telle sorte que le mineur soit censé n'avoir jamais eu part dans ces immeubles. Néanmoins, comme ce retour est par sa nature le prix d'un droit à une succession immobilière, et par conséquent d'un propre, il se trouve compris dans la disposition de nos coutumes.

108. Nos coutumes doivent-elles s'étendre aux propres conventionnels des mineurs, dont il sera parlé en la section suivante?—Par exemple, un mineur, comme héritier de sa mère, est créancier de son père de 10,000 liv. que sa mère avait stipulées propres à ceux de son côté et ligne. Cette créance est un propre maternel conventionnel, qui aurait appartenu dans la succession de ce mineur aux parents de la ligne maternelle. Le père a rendu compte à son fils mineur, et lui a payé cette somme de 10,000 liv. qu'il lui devait. Cette somme provenant du paiement de cette créance, sera-t-elle réputée dans la succession du mineur décédé depuis en minorité, propre maternel ainsi que l'aurait été cette créance si elle n'eût point été acquittée ?

La jurisprudence a décidé cette question pour l'affirmative. La raison en est que *tantùm fictio debet operari in casu ficto, quantùm veritas in casu vero*, et que par conséquent les derniers provenus des propres fictifs reçus par le mineur durant sa minorité, ne doivent pas moins conserver la qualité de propres que ceux provenus des propres réels. Autrement le survivant serait toujours le maître d'éluder l'effet des réserves de propres, en faisant ou faisant faire à ses enfants des paiements simulés de ses reprises qui ne lui coûteraient guère à faire, puisqu'étant tuteur, les deniers retournent en ses mains.

109. Les deniers provenus du prix des propres des interdits, conservent-ils leur qualité de propres dans la succession de l'interdit décédé durant son interdiction, comme il est décidé à l'égard de ceux provenus du prix des propres du mineur ?—Les auteurs sont partagés sur cette question. Renusson et Duplessis tiennent l'affirmative, et elle a été différemment jugée par arrêts. On peut dire pour l'affirmative, que la même raison sur laquelle est fondée la disposition de nos coutumes pour les derniers du prix des propres des mineurs milite également à l'égard des interdits; qu'ainsi, *ubi eadem ratio, idem jus statuendum est.* Cependant il paraît que la dernière jurisprudence est pour la négative. On cite un arrêt qui l'a jugé ainsi contre la dame d'Argouges au mois de mars 1699. On avait jugé de même en 1(96 par un arrêt rapporté par Lemaître ; mais en 1609 et en 1690, on avait jugé pour l'affirmative.

110. La raison qu'on peut apporter pour la négative, est que cette disposition de la coutume renferme une attention particulière qu'elle a eue à l'intérêt des mineurs, suivant que nous l'avons expliqué au commencement de cette section : quoique les interdits soient très dignes de la protection des lois, et qu'ils jouissent de plusieurs avantages accordés aux mineurs ; néanmoins on ne peut pas douter que les mineurs qui font l'espérance d'un état, ne méritent encore une plus grande faveur que les interdits : c'est pourquoi, on ne peut pas tirer en argument pour les interdits, tout ce que les lois ont établi en faveur des mineurs.

§ III. *Quel effet ont les propres fictifs.*

111. La coutume dit, « que les deniers du rachat sont censés de même nature et qualité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parents du côté et ligne dont lesdites rentes étaient procédés. »

Elle fait suffisamment entendre que le cas qu'elle a eu en vue, en établissant cette fiction, a été la succession du mineur, et qu'elle a voulu conserver dans cette succession aux parents du côté et ligne qui auraient succédé à la rente, les deniers qui en sont provenus. Le cas de la fiction établie par la coutume, étant donc le cas de la succession du mineur, ainsi qu'elle s'en exprime directement, et étant de principe que les fictions ne doivent avoir d'effet que pour les cas pour lesquels elles sont faites, il s'ensuit que les deniers provenus du rachat des rentes propres des mineurs ne doivent avoir la nature et qualité fictives de propres, que la coutume leur donne, que pour le cas de la succession du mineur, pour y faire succéder les parents de la ligne d'où procédait la rente.

112. Ces deniers, ou le remploi d'iceux, ne doivent donc point avoir tous les effets de véritables propres : d'où il suit 1° Que si l'héritier aux propres, qui, dans la succession, succède à ces deniers comme à des propres, est marié, ces deniers ne laisseront pas de tomber comme quelque chose de mobilier en la communauté conjugale, qui est entre cet héritier et sa femme ; car ces deniers ne sont réputés propres qu'à l'effet qu'il y succède. Dès l'instant qu'il y a succédé, on ne doit plus considérer en eux que leur vraie nature de meubles, et comme tels, ils doivent tomber en communauté.

De là il suit, 2° Que si le mineur lui-même, qui aurait dans son coffre les deniers provenus de ce rachat, venait à se marier sans les stipuler propres,

ils tomberaient en la communauté qu'il contracterait avec sa femme comme un pur mobilier.

113. Ceci fait naître une question : Si le mineur, qui fait entrer en sa communauté conjugale les deniers du rachat de sa rente propre, vient ensuite à décéder en minorité, les héritiers de la ligne d'où procédait la rente auront-ils à prendre dans sa succession le total du prix de ce rachat, ou seulement la moitié ?

Il semble d'abord qu'ils ne peuvent en prétendre que la moitié, parce que la femme du mineur en ayant acquis par la communauté conjugale la moitié, il ne reste plus que l'autre moitié dans la succession du mineur.

Néanmoins il y a lieu de décider que les héritiers du mineur sont en droit de prétendre le total du rachat dans la succession du mineur. La raison en est que la communauté n'est pas un titre gratuit. Si la femme du mineur a acquis la moitié des deniers du rachat du mineur, le mineur a acquis à la place la moitié de ce que la femme a apporté, ou a fait entrer par ses soins en la communauté, ce qui lui tient lieu d'emploi, lequel, aux termes des coutumes, est aussi bien propre que les deniers mêmes. C'est pourquoi, quoique la moitié des deniers du rachat que la femme du mineur a acquis, ne se trouve plus dans la succession du mineur, se trouvant à la place autre chose qui tient lieu de l'emploi, le total du prix du rachat est censé y être, et peut être prétendu par l'héritier de la ligne d'où l'héritage procédait.

114. Du principe que nous avons établi « que la qualité de propres fictifs que la coutume donne aux deniers du rachat, n'a d'effet que pour la succession du mineur, » il s'ensuit qu'il n'en doit point avoir pour le droit de disposer, et que le mineur, parvenu à l'âge de tester, pourra disposer par testament de ce propre fictif.

Il suit encore que les deniers du rachat de cette rente étant saisis par les créanciers du mineur, se distribueront comme un pur mobilier.

Il suit encore que l'héritage acquis de ces deniers, ne sera point sujet au retrait lignager, s'il est vendu par le mineur.

§ IV. *Quand s'éteignent les propres fictifs ?*

115. Les propres fictifs s'éteignent de deux manières : — 1° Par la consommation de la fiction, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu son effet, et que les parents de la ligne d'où procédait la rente remboursée, ou l'héritage aliéné, ont succédé au propre fictif du mineur.

Que si le parent a succédé à un immeuble acquêt du mineur qui tenait lieu d'emploi des deniers du rachat de la rente, cet immeuble sera sans doute propre en la personne de l'héritier du mineur, puisque c'est un immeuble qu'il a eu à titre de succession, mais sera-ce un propre naissant qui ne montera pas plus haut que la personne du mineur qui l'a acquis ? Ou sera-ce un propre de la même ligne d'où était la rente dont il tient lieu d'emploi ? — Il semble qu'il doit être un propre naissant en la personne de cet héritier, dont l'origine ne remonte pas plus haut que la personne du mineur de la succession duquel il l'a eu ; car cet héritage est effectivement un acquêt de ce mineur : c'est lui qui l'a mis dans la famille ; il n'y a pas été avant lui. Si la coutume le réputait propre ancien, de la même ligne dont était la rente rachetée qu'il a remplacée, c'était par une fiction qui n'est établie que pour la succession de ce mineur, qui ne doit par conséquent avoir d'effet que pour cette succession, et qui, ayant eu son effet, cesse et doit faire place à la vérité.

116. D'un autre côté, on dit qu'un propre n'est autre chose qu'un immeuble échu *jure familiæ*, et par conséquent le propre d'une *telle ligne* est celui qui nous est échu *jure talis familiæ :* Par exemple, *jure familiæ avi paterni*, ou bien *proaviæ maternæ ;* or, il est vrai, et il n'est pas nécessaire de donner pour cela un nouvel effet à la fiction, que l'héritier du mineur tient

cet héritage *jure familiæ*, d'où procédait la rente rachetée, et par conséquent il doit être en sa personne un propre de cette ligne.

La réponse est que ce principe est faux. Ce qui constitue la nature du propre avitin, du propre ancien, est son origine. Un héritage est propre de la ligne de mon bisaïeul paternel, non pas parce que j'y ai succédé *jure talis familiæ, jure familiæ proavi paterni;* mais parce qu'il me vient originairement de mon aïeul paternel par une suite de successions non interrompue. C'est pourquoi, dans l'espèce présente, quoique j'aie succédé au mineur à l'héritage dont il est question, *jure talis familiæ, putà, jure familiæ proavi paterni,* parce que par une fiction établie pour la succession de ce mineur, cet héritage était représentatif d'une rente qui venait originairement de mon bisaïeul paternel; il n'était point subrogé à la rente qui en venait par une fiction dont l'effet fût perpétuel, tel que celui dont nous avons traité section précédente, mais il ne l'était que pour la succession de ce mineur; il s'ensuit que cet héritage n'est point en ma personne un propre avitin, mais un simple propre naissant.

117. Si l'héritier qui a succédé au mineur aux deniers représentatifs de la rente propre rachetée, a été lui-même mineur, et décède par la suite en minorité, la fiction continuera-t-elle à avoir lieu en sa succession?—Lalande sur notre coutume, et Brodeau sur celle de Paris, tiennent la négative. Les raisons de leur sentiment se présentent d'abord. C'est pour la succession du mineur, dont la rente qui a été rachetée était le propre, que la coutume a établi sa fiction. Elle est consommée aussitôt qu'on a succédé à ce mineur, et ne doit donc plus avoir d'effet, *fictio semel jungitur.* Ces deniers, dans la personne de l'héritier qui a succédé au mineur, ne sont point à son respect le prix d'aucun immeuble, d'aucun propre qu'il ait eu, puisqu'il ne succède effectivement qu'à des deniers; et par conséquent, quoique cet héritier soit lui-même mineur, et décédé mineur, il semble que dans sa succession ils ne peuvent plus être réputés propres. Néanmoins il paraît que le sentiment contraire a prévalu, et que la fiction se perpétue, lorsque l'héritier qui a succédé au mineur aux propres fictifs, est lui-même mineur, et décédé mineur. La raison en est qu'autrement l'intention de la loi serait souvent éludée, quand par exemple il y a plusieurs frères mineurs qui se succèdent les uns aux autres.

2° Les propres fictifs dont il est ici question, s'éteignent par la majorité du mineur, quoique la fiction n'ait point eu son effet, et on ne doit point faire à cet égard de distinction entre les deniers provenus du rachat de la rente et les immeubles acquis de ces deniers.

118. Lalande d'après Brodeau prétend que, quoique le mineur soit parvenu à la majorité, néanmoins le propre fictif doit durer au respect du tuteur, si le mineur devenu majeur décède avant que son tuteur lui ait rendu compte; mais ce sentiment, que Lalande a emprunté de Brodeau, n'est fondé sur aucune raison suffisante, et n'a point été suivi.

§ V. *Si la subrogation établie par l'article 94 de la coutume de Paris, et l'article* 351 *de celle d'Orléans, s'étend à autre chose qu'à la qualité de propre?*

119. L'esprit général du droit coutumier est de conserver les biens dans les familles. C'est conformément à cet esprit, pour conserver contre les fraudes des tuteurs, le bien des différentes familles dans la succession des mineurs qu'elle a voulu que les deniers du rachat des rentes des mineurs fussent censés de même nature et qualité qu'étaient les rentes. Elle exprime l'intention qu'elle a eue; car elle ajoute : *pour retourner aux parents du côté et ligne dont les rentes étaient procédées.* Elle fait assez connaître par ces termes, que ce qu'elle s'est proposé par cette disposition, est que le bien d'une ligne du

mineur ne passe point à une autre ligne, et que le bien de chaque famille lui soit conservé.

1[illegible]. De là naissent plusieurs questions. On demande si les deniers du prix de l'héritage féodal du mineur aliéné durant sa minorité, ou d'une rente inféodée rachetée durant sa minorité, doivent dans sa succession être censés non-seulement propres de la même ligne d'où procédait l'héritage ou la rente, mais aussi bien nobles que l'était l'héritage ou la rente, en telle sorte que les mâles doivent succéder à ces deniers à l'exclusion des filles, comme ils auraient succédé à l'héritage ou à la rente. — On peut dire, pour l'affirmative, que la coutume a voulu conserver la succession des biens des mineurs aux personnes qui doivent y succéder, et prévenir les fraudes des tuteurs; que la fraude que commettrait un tuteur qui serait, par exemple, le beau-frère d'un mineur en procurant le rachat d'une rente inféodée du mineur, parce que la succession présomptive des biens nobles de ce mineur regardait les frères de ce mineur, à l'exclusion de la femme du tuteur, sœur du mineur, n'était pas une moindre fraude que celle d'un tuteur qui procurerait le rachat des rentes d'une autre famille que la sienne; qu'on doit croire que la loi a eu également intention de prévenir l'une et l'autre, et que par conséquent la succession des deniers provenus du prix de l'héritage, ou de la rente noble, doit être déférée, non-seulement aux seuls parents de la ligne dont l'héritage ou la rente procédait, mais aux seules personnes qui auraient succédé à l'héritage ou à la rente, c'est-à-dire aux seuls mâles à l'exclusion des filles.

On peut ajouter que si la coutume n'eût voulu faire passer aux deniers du rachat que la seule qualité de propres, elle ne se serait pas servie de termes généraux et indéfinis, tels que ceux dont elle s'est servie; mais elle aurait dit déterminément, *sont réputés propres*. Ces termes généraux, *de même nature et qualité*, comprennent non-seulement la qualité des propres, mais toutes les autres qualités qui peuvent se considérer dans les successions, comme de biens nobles, de biens roturiers, et les deux termes dont la coutume s'est servie, *de nature et qualité*, paraissent indiquer deux différentes choses, l'une la qualité de propre, et l'autre de bien noble ou roturier.

Pour la négative, on dira que la coutume exprime par ces termes : *pour retourner aux parents du côté et ligne*, qu'elle a eu en vue de conserver l'intérêt de chaque ligne, de chaque famille, dans la succession du mineur, et non pas l'intérêt de chaque personne; que pour cela elle a voulu que la même nature d'immeuble, et la même qualité de propre de ligne qu'avait la rente qui a été rachetée, et qui en affectait la succession à une certaine famille, passât aux deniers du rachat, et en affectât la succession à la même famille; que les termes, *de même nature et qualité*, ne sont point des termes généraux et indéterminés, qui comprennent la qualité de biens nobles ou roturiers, aussi bien que celle de propres de ligne, puisqu'ils sont limités et déterminés par ces autres termes, *pour retourner aux parents du côté et ligne*, qui suivent immédiatement ceux-ci, *de même nature et qualité*, et qui font suffisamment comprendre que la coutume n'entend parler que de la nature d'immeubles, à l'effet d'exclure ces deniers de la succession mobilière, et de la qualité de propres de la ligne d'où la rente procédait, à l'effet d'affecter la succession de ces deniers aux parents de cette ligne.

Ce dernier sentiment me paraît le plus conforme à l'esprit de la coutume. On peut appliquer les mêmes raisons de part et d'autre à la question du cas inverse, qui est de savoir si l'héritage féodal, qui tient lieu du remploi du prix d'une rente ou autre bien roturier, doit être dans la succession de ce mineur déféré aux mâles, suivant la nature du bien féodal, ou partagé entre les mâles et les filles, comme l'aurait été la rente dont il tient lieu d'emploi. Il faut, conformément à la décision de la question précédente, décider qu'il sera déféré aux mâles suivant la nature du bien féodal.

121. On demande si, dans notre coutume d'Orléans, qui défère la succession de la nue propriété des acquêts immeubles aux frères et sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul, les deniers du rachat d'une rente, acquêt du mineur, doivent être censés conserver la qualité d'immeubles, pour que les frères et sœurs du défunt succèdent à la nue propriété desdits deniers, préférablement à l'aïeul qui est héritier du mobilier.—Je ne le pense pas, par les raisons que nous avons déjà alléguées, que la coutume qui n'a d'autre objet que d'empêcher que les biens d'une famille passent à l'autre, n'a entendu parler dans sa disposition que des rentes propres de ligne; c'est ce qui résulte formellement des derniers termes de l'article, *pour retourner aux parents du côté et ligne dont lesdites rentes étaient procédées.* C'est donc des rentes qui sont procédées d'une ligne dont il est question dans cette disposition, et elle ne doit pas être étendue aux rentes-acquêts.

122. Il nous reste une question. Lorsque le mobilier du mineur a servi à acquitter ses dettes mobilières auxquelles, suivant la coutume de Paris, les héritiers du mineur des différentes lignes auraient contribué, si elles ne se fussent pas trouvées acquittées, l'héritier au mobilier du mineur pourrait-il prétendre contre les autres héritiers des autres lignes le remploi de ce mobilier, pour la portion dont ils auraient été tenus des dettes qui en ont été acquittées, et dont leur patrimoine s'est trouvé libéré de la même manière que nous avons dit que cela s'observait, lorsque les deniers du rachat d'une rente propre auraient servi à acquitter les dettes? Non.—1° Parce que c'était la destination naturelle du mobilier de ce mineur de servir à acquitter ces dettes; —2° Parce que la coutume a bien ordonné que le prix des rentes et des héritages de chaque famille qui seraient aliénés ou remboursés, serait conservé à la famille d'où ils procédaient; mais elle n'a rien ordonné de semblable à l'égard du mobilier, et l'esprit de notre droit français est de faire peu d'attention au mobilier.

SECTION IV.

Des propres conventionnels.

123. Les *propres conventionnels* sont ceux qui sont formés par les conventions.

124. Les conventions qui les forment sont les stipulations qu'on a coutume d'insérer dans les contrats de mariage, « qu'une certaine somme de deniers que l'un des futurs apporte en mariage *lui sera propre.* »

125. La clause qu'*une certaine somme sera employée en achat d'héritages*, équipolle à la stipulation de propres suivant l'art. 351 de notre coutume. Il faut observer que ce n'est que par forme d'exemple que notre coutume parle en cet article d'une somme donnée par père et mère, et que la décision aurait pareillement lieu dans le cas où un étranger fournirait la dot sous cette clause, et même dans le cas où une personne, qui se marierait *de suo,* stipulerait « qu'une certaine somme qui lui appartient serait employée en achat d'héritages. »

126. La simple destination d'emploi en achat d'héritages, ainsi que la simple stipulation de propres, lorsqu'on ne donne pas plus d'étendue à cette clause, n'ont d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, et de donner au conjoint et à ses héritiers une action de reprise de cette *somme* [1];

---

[1] Cet effet a encore lieu aujourd'hui.

mais cette action n'est propre que de communauté, et elle n'est considérée dans la personne des enfants auxquels elle a passé par la succession du prédécédé des deux conjoints qui avait fait la stipulation, que comme une somme mobilière à laquelle le survivant leur succède comme leur héritier au mobilier.

Exemple. Si un homme a stipulé qu'une somme de 10,000 livres lui serait propre, et qu'elle serait employée en achat d'héritages, et qu'il meure sans que l'emploi ait été fait, laissant un enfant, lequel meurt ensuite, la mère de cet enfant lui succédera à cette action de reprise qu'il avait à exercer.

Que si cela était stipulé à l'égard des deniers de la femme; qu'il y eût par le contrat de mariage de la femme une destination en achat d'héritages, et qu'elle fût décédée avant que l'emploi en eût été fait, laissant un enfant, on a douté si le père survivant pouvait succéder à son enfant à l'action de reprise de cette somme. L'ancienne jurisprudence était qu'il ne le pouvait, parce que, s'il eût fait l'emploi de la somme en un héritage, il n'aurait pas succédé à cet héritage qui serait devenu un propre naissant maternel en la personne de l'enfant; il paraissait que sa négligence à exécuter une des clauses du contrat de mariage, ne devait pas rendre sa condition meilleure, et lui procurer la succession de cette somme; mais cette jurisprudence a changé, et on pense aujourd'hui qu'il peut succéder à cette action de reprise, et que la destination d'emploi n'a d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, et ne forme aucun empêchement de la part du mari.

127. Il en serait autrement si le mari s'était formellement obligé par le contrat de mariage à en faire l'emploi; car, de l'inexécution de cet engagement contracté par le mari envers la famille de sa femme, il doit résulter des dommages et intérêts, lesquels consistent à donner aux parents maternels dans la succession de l'enfant, la reprise des deniers dont le mari s'était obligé de faire l'emploi, pour les dédommager et tenir lieu des héritages auxquels ils auraient succédé, si le mari avait satisfait à son obligation.

128. Les *stipulations de propres*, et les destinations en achat d'héritages, peuvent recevoir une plus grande étendue par l'addition de ces termes, *aux siens*, ou bien *à ses hoirs*, ou bien *à ses héritiers*. *Putà*, s'il a été ainsi stipulé, *le surplus des biens des futurs leur sera propre et aux leurs*, ou bien *ladite somme sera employée en achat d'héritages*, *qui seront propres à la future et aux siens*.

129. L'effet de cette addition est non-seulement d'exclure de la communauté le mobilier ainsi réservé, mais de faire de l'action de reprise de cette somme, en la personne des enfants qui y auront succédé, un propre fictif auquel lesdits enfants se succéderont les uns aux autres, à l'exclusion de leur père ou mère survivants [1].

130. Au reste ces termes de *siens*, *hoirs* ou *héritiers*, ne comprennent que les *enfants*. C'est pourquoi ils n'empêchent point le survivant de succéder au dernier mort de ses enfants à cette action de reprise.

Que si on ajoute ces termes, *à ceux de son côté et ligne*, cette stipulation de propre aura encore une plus grande étendue, et comprendra les parents

[1] Aucune clause ne pourrait aujourd'hui produire un semblable effet. *V.* art. 1389, C. civ.

Art. 1389 : « (Les futurs époux, dans « leur contrat de mariage) ne peuvent « faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer « l'ordre légal des successions, soit par « rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ; sans préjudice des « donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les « formes et dans les cas déterminés « par le Code civil. »

collatéraux du conjoint qui a fait la stipulation ; c'est pourquoi s'il prédécède, le survivant ne succédera pas même au dernier mort de ses enfants à cette action de reprise ; ce seront les parents de ses enfants, du côté du prédécédé, qui y succéderont.

131. Les *stipulations des propres* qui se contiennent dans le premier degré, et n'ont d'autre objet que d'exclure de la communauté conjugale la somme réservée propre, peuvent se faire non-seulement par les contrats de mariage, mais par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testaments ; car chacun étant le maître de prescrire telle loi ou telle condition que bon lui semble à sa libéralité, *unusquisque quem voluerit modum liberalitati suæ apponere potest ;* il s'ensuit que celui qui donne, soit entre-vifs, soit par testament, à quelqu'un une somme d'argent, peut valablement stipuler que cette somme sera propre au donataire, c'est-à-dire, qu'elle n'entrera point dans la communauté conjugale du donataire, pourvu que, si c'est par acte entre-vifs, la stipulation se fasse par l'acte même, ou du moins dans l'instant même de la donation, car le donateur entre-vifs se dessaisissant dans l'instant même de la donation, ne peut plus par la suite prescrire de loi à ce qui n'est plus à lui [1].

132. En est-il de même des stipulations des propres, qui ont plus d'étendue, et qui vont à changer l'ordre des successions ; ces stipulations, que la faveur des mariages a fait admettre, peuvent-elles se faire aussi par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testaments ? — Quelques-uns de nos auteurs ont pensé que cela se pouvait, par la raison ci-dessus alléguée, que chacun peut prescrire telles conditions qu'il veut à sa donation ; mais le sentiment contraire qu'on m'a assuré prévaloir, est plus régulier. Il est vrai que chacun peut prescrire telles conditions que bon lui semble à ce qu'il donne, mais pourvu que cette condition ne donne point atteinte à l'ordre public, qu'il n'est pas permis aux particuliers de déranger ; or, les successions sont d'ordre public : il n'est point donné au pouvoir d'un donateur, ni d'un testateur, d'intervertir l'ordre de la succession de son donataire ou légataire, par rapport à la somme qu'il lui donne, *privatorum enim cautione legum auctoritati non noceri,* comme dit Papinien en la loi 16, ff. *de Suis et legit. hæred.* dans une espèce où il est aussi question de l'ordre des successions. Si, contre cette maxime, notre jurisprudence a admis ces stipulations qui intervertissent l'ordre des successions dans les contrats de mariage, c'est la grande faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage, ce qui les rend susceptibles de toutes sortes de conventions, qui les y a fait admettre ; mais cela ne se doit point étendre à d'autres actes [2].

133. Ces stipulations, qui intervertissent l'ordre des successions, et que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre, sont de droit très étroit, et

---

[1] Cela est permis par l'art. 1401, C. civ., § 1er, *in fine.*

Art. 1401 : « La communauté se « compose activement, — 1° de tout le « mobilier que les époux possédaient « au jour de la célébration du mariage, « ensemble de tout le mobilier qui leur « échoit pendant le mariage à titre de « succession ou même de donation, si « le donateur n'a exprimé le contraire ; « — 2° de tous les fruits, revenus, in- « térêts et arrérages, de quelque na- « ture qu'ils soient, échus ou perçus « pendant le mariage, et provenant des « biens qui appartenaient aux époux « lors de sa célébration, ou de ceux « qui leur sont échus pendant le ma- « riage, à quelque titre ce soit ; — 3° de « tous les immeubles qui sont acquis « pendant le mariage. »

[2] La prohibition de l'art. 1389, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 573, note 1), est applicable aux donateurs ou testateurs par *à fortiori.*

ne s'étendent ni d'une personne à une autre, ni d'une chose à une autre, ni d'un cas à un autre.

1° Elles ne s'étendent pas d'une personne à une autre. Ainsi la stipulation de propre, qu'une épouse future fait au profit d'elle, des siens, ou de ses héritiers, ne comprend que ses enfants, qui, dans la signification rigoureuse de ces termes, *siens, hoirs, héritiers*, y sont compris, et ne s'étend point aux collatéraux.

Par la même raison, si un père, en dotant sa fille *de suo* a stipulé « que les deniers qu'il lui donnait seraient propres à sa fille, aux siens, et à ceux de son côté et ligne, » quoiqu'il y ait quelque raison de présumer que le donateur a voulu conserver cette somme à sa famille plutôt qu'à celle de sa femme qui lui est étrangère, et que sur ce fondement, quelques arrêts aient jugé que l'action de reprise était en ce cas affectée aux seuls parents du donateur, néanmoins le sentiment le plus conforme aux principes, et le plus reçu aujourd'hui, est que cette action de reprise est affectée indistinctement à tous les parents de la fille qui a été ainsi dotée, parce que, suivant le sens rigoureux et grammatical de la clause, ils se trouvent tous indistinctement compris, et que, pour affecter cette action à la seule famille du donateur, il faut autre chose qu'une présomption de sa volonté; ces affectations, qui sont de droit étroit, devant être faites en termes formels.

2° Ces stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une autre. C'est pourquoi si j'ai stipulé propre à ceux de mon côté et ligne, le surplus de mon bien ; cela s'entend seulement du bien que j'avais lorsque j'ai été marié, et ne s'étend point à ce qui me serait advenu depuis par succession, donation, etc.

Cela ne s'étend point non plus aux actions de remploi, résultant de l'aliénation de mes propres que j'aurai faite durant mon mariage, parce que ces actions n'étant nées que lors de l'aliénation, elles n'existaient pas encore lors de la stipulation de propres, qui, dans la signification rigoureuse, ne doit comprendre que le mobilier que j'avais alors.

On peut dire néanmoins en un cas, que si les stipulations de propres que je fais du surplus de mon bien à ceux de mon côté et ligne, doivent comprendre les actions de remploi; c'est dans le cas où le surplus de mon bien n'aurait consisté qu'en héritages ou autres immeubles. Comme la stipulation ne pourrait avoir d'autre effet, dans le cas où je les aurais conservés, puisque indépendamment de la stipulation, par leur nature ils auraient été faits propres à mes enfants qui y auraient succédé, on en doit conclure que, dans la stipulation de propres, on a eu en vue le cas où ces héritages seraient aliénés, puisqu'elle ne pouvait avoir d'effet que dans ce cas, et qu'on a voulu faire un propre fictif de l'action de remploi que produirait l'aliénation. De ce que les stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une autre, il suit pareillement que la stipulation *que le mobilier des successions sera propre*, ne s'étend point à ce qui advient par donation ou legs, à moins que ces donations ou legs ne fussent faits par des ascendants; car telles donations sont des successions anticipées. Enfin, la clause n'a lieu que pour les successions qui arrivent durant le mariage, et non pas pour celles qui écherraient depuis le mariage aux enfants de celle qui a fait la stipulation.

3° Ces stipulations ne s'étendent point d'un cas à un autre. Ce qui est stipulé pour le cas de la communauté ne s'étend point à celui des successions, ni le cas de la succession à celui de la disposition. C'est pourquoi un enfant peut léguer à son père l'action de reprise des deniers dotaux de sa mère, stipulés propres à ceux de son côté et ligne, quoique cette action soit dans la succession un propre fictif maternel; parce que la stipulation n'ayant eu pour objet que le cas de la succession, cette action n'est réputée propre que pour le cas de la succession, et non pour celui de la disposition.

184. Les propres fictifs s'éteignent : 1° Lorsque la fiction a été consom-

mée. Si une femme, qui a stipulé propre à elle et aux siens une somme de 9,000 livres a laissé trois enfants, on demande si, dans la succession de celui qui est mort, le second et le troisième enfant qui est resté peut prétendre à l'exclusion de son père, non-seulement le tiers que cet enfant avait de son chef en cette reprise, mais encore les 1,500 liv. qui appartenaient à ce dernier, comme héritier du premier décédé. La raison de douter est que la fiction avait déjà eu son effet pour les 1,500 liv. dans la succession du premier décédé; mais il faut néanmoins décider que le dernier survivant doit, à l'exclusion de son père, succéder à ces 1,500 liv. parce que, quoique la fiction ait déjà eu son effet à l'égard des 1,500 liv. dans la succession du premier décédé, néanmoins elle n'a pas eu tout son effet, elle n'a pas été consommée; l'intention de la femme ayant été de conserver à ses enfants et au dernier survivant d'eux toute cette somme, la fiction n'est point consommée tant qu'il reste encore un enfant. Que si la stipulation avait été faite à ceux *du côté et ligne*, la fiction ne serait consommée qu'après que les collatéraux auraient succédé à cette fiction, à l'enfant dernier survivant.

2° Le propre fictif s'éteint par l'extinction des reprises ou remploi, auxquels cette qualité est attachée.

135. Cette extinction arrive :—1° Par le paiement, lorsque le conjoint, qui était le débiteur de la reprise, l'a payée à ses enfants, à qui elle était due; —2° Par l'acceptation que l'enfant créancier de cette reprise, fait de la succession du survivant qui en était le débiteur. Le concours des deux qualités de créancier et de débiteur, qui, par cette acceptation, se réunissent en ce cas en sa personne, éteignent l'action de reprise.

136. Au reste, dans ces deux cas, le propre n'est éteint que lorsque l'enfant est décédé majeur; car, s'il décède mineur, les deniers provenant du paiement de ce propre ou l'emploi d'iceux, tiennent lieu dans la succession du propre même, comme nous l'avons déjà vu en la section précédente; et lorsqu'il a accepté la succession du survivant, qui en était le débiteur, les biens de la succession du débiteur tiennent lieu d'emploi de la somme qui lui était due.

FIN DU TRAITÉ DES PROPRES.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

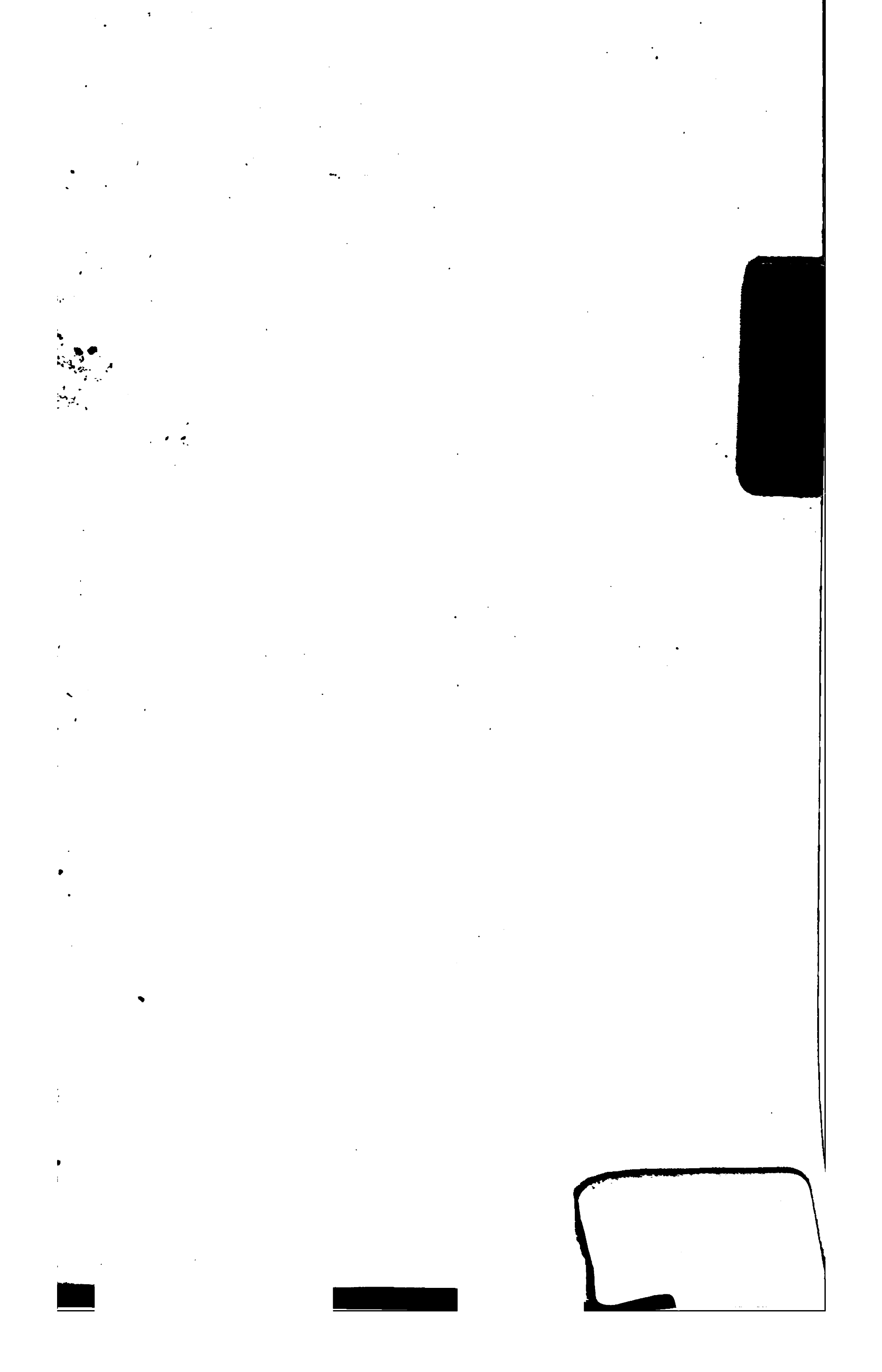
TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

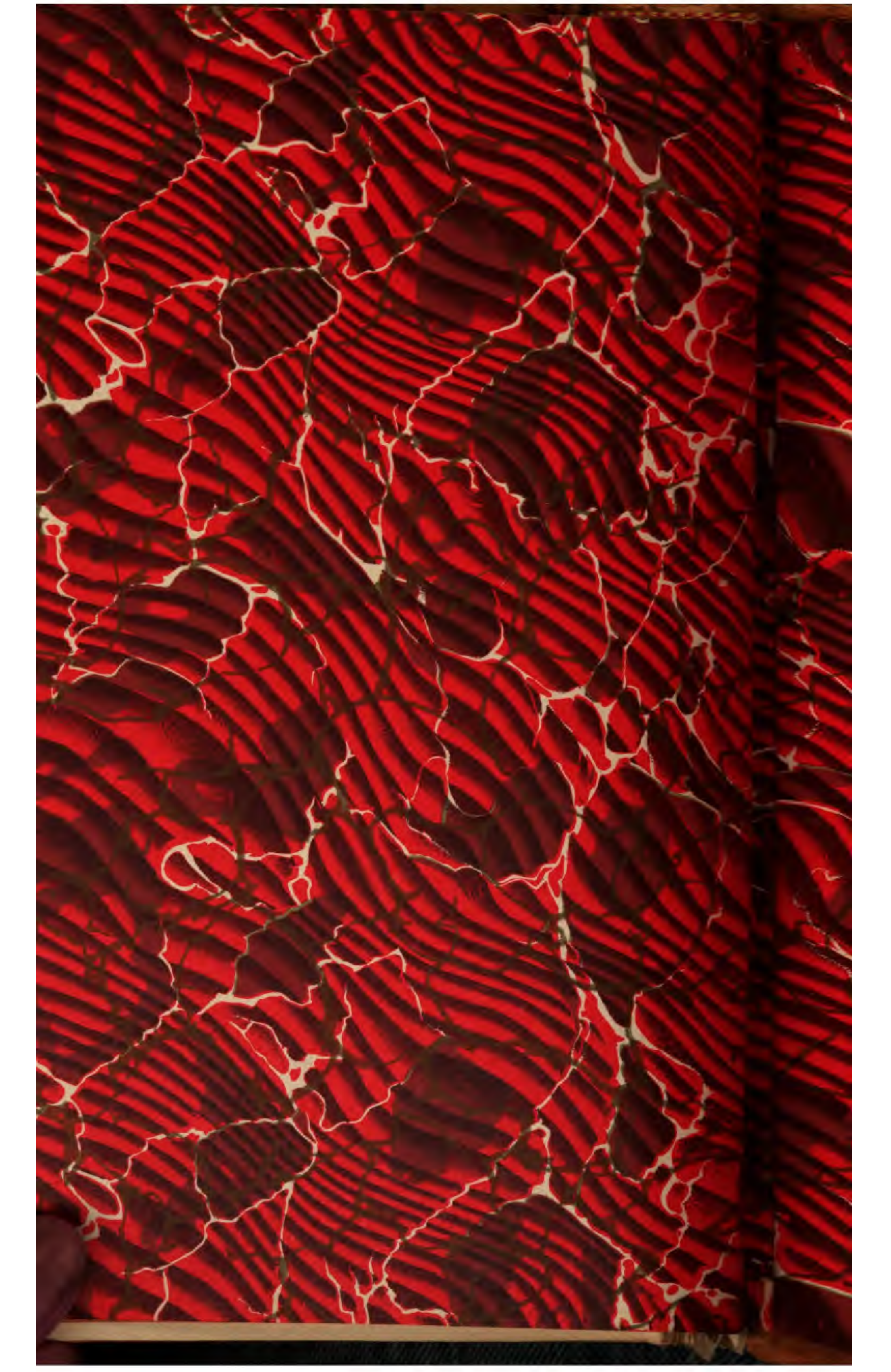
TRAITÉ DES SUBSTITUTIONS.

TRAITÉ DES PROPRES.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU HUITIÈME VOLUME.









Stanford Law Library
3 6105 062 582 379